



UNIVERSIDADE DE LISBOA

FACULDADE DE DIREITO

**PROCEDIMENTALIZAÇÃO, PARTICIPAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA DIGITAL**

**Uma contribuição à operatividade da participação administrativa
procedimental através das TIC no ordenamento brasileiro**

**MESTRADO EM
CIÊNCIAS JURÍDICO-ADMINISTRATIVAS**

RENATO LIMA MARTINS DE CASTRO

Professor Orientador: David Duarte

OUTUBRO DE 2016

Para Guga, Alex, Luana e Sofia, minha família em Lisboa.

Para minha Mãe, minha fonte de amor.

Para meu filho, minha fonte de força.

Índice

Abstract.....	06
Abreviaturas.....	09
Introdução.....	10
I - A Procedimentalização da atividade administrativa como novo paradigma do Direito Administrativo.....	12
1 - Uma questão preliminar: Processo ou procedimento?.....	12
2 - A atuação da Administração Pública no século XXI em crise.....	13
3 - Direitos Fundamentais e Princípio Democrático como vetores da transformação dos paradigmas da Administração Pública no Estado Democrático de Direito.....	18
4 - Origem Jusfilosófica do Paradigma Procedimentalista do Direito.....	25
5 - A Procedimentalização do Direito Administrativo.....	28
5.1 - Procedimentalização do Direito Administrativo em Portugal.....	32
5.2 - Procedimentalização do Direito Administrativo no Brasil: uma abordagem operativa.....	35
a) A Lei nº 9.784/1999 e o marco da procedimentalização da atividade administrativa no Brasil.....	37
b) As duas espécies principais de procedimentos administrativos no Direito Administrativo brasileiro.....	40
c) O Princípio do devido processo legal e a procedimentalização da atividade administrativa.....	41
d) Âmbito de aplicação do procedimento administrativo no ordenamento jurídico brasileiro.....	43
II - A Participação Administrativa (Procedimental).....	46
1 - Histórico da participação.....	46
2 - Conceito de participação administrativa.....	48
3 - Espécies de participação administrativa.....	50
4 - A opção constitucional pela participação administrativa.....	53
5 - A Participação Administrativa na Constituição da República Portuguesa de 1976.....	57
6 - A Participação Administrativa na Constituição Federal de 1988.....	62

6.1 - A norma geral da participação administrativa do §3 do artigo 37 da Constituição Federal de 1988.....	64
6.2 - Por que “usuários”? Uma interpretação histórico-sociológica do §3 do art. 37 da CF.....	68
6.3 - A posição do §3 do artigo 37 sob a ótica da sistematização da Constituição Federal.....	69
6.4 - A confusão doutrinária e jurisprudencial sobre a norma regulamentadora do §3 do art. 37 da CF.....	71
7 - A Norma Geral de Participação Administrativa: uma dupla perspectiva operativa.....	74
7.1 - A vinculação da Administração Pública à participação administrativa no Brasil.....	74
a) A Administração Pública Federal, participação administrativa e o Decreto nº 8.243/2014 - Plano Nacional de Participação Social.....	76
7.2 - O direito de participação administrativa dos particulares.....	79
8 - Participação administrativa procedimental.....	80
III - A Administração Pública Digital.....	81
1 - Reforma Administrativa, Sociedade da Informação e Administração Pública Digital.....	82
2 - O que é Administração Pública Digital?.....	86
3 - Da Administração Eletrônica à Administração Digital.....	89
4 - O caminho da Administração Digital e suas fases evolutivas.....	91
5 - Administração Pública Digital na Europa.....	93
6 - Administração Pública Digital em Portugal.....	96
7 - Administração Pública Digital no Brasil.....	98
a) Administração Pública Digital e a procedimentalização da atividade administrativa.....	101
b) Administração Pública Digital e a participação administrativa.....	104
IV - A Participação administrativa procedimental num contexto da Administração Digital: uma contribuição para uma noção operativa no ordenamento jurídico brasileiro.....	106
1 - O Princípio Constitucional da Eficiência e o direito de participação procedimental através de meios tecnológicos da informação e comunicação.....	108

2 - O princípio da publicidade e a exigência de publicização através das TIC como instrumento garantidor da participação administrativa procedimental.....	111
3 - O Princípio da impessoalidade administrativa como exigência de tratamento isonômico dos interessados através das TIC.....	117
4 - Princípio da Legalidade e a participação procedimental digital como legitimadora da atuação informal da Administração Pública.....	122
Conclusões.....	127
Bibliografia.....	130

Abstract

O presente trabalho aborda três fenômenos atuais do direito administrativo: a procedimentalização da atividade administrativa, a participação administrativa e o surgimento de um novo tipo de Administração Pública, produto das transformações carreadas pela utilização das Tecnologias da Informação e Comunicação, no que se convencionou chamar de Administração Digital.

Na relação dessas três temáticas, busca-se, com base nos princípios gerais do direito administrativo brasileiro, uma contribuição à operatividade da participação administrativa procedimental no contexto de uma Administração Digital.

O estudo é dividido em quatro capítulos.

Na primeira parte é abordado a disciplina da procedimentalização da atividade administrativa como novo paradigma do Direito Administrativo. Faz-se uma breve retomada histórica, ressaltando a Administração ainda carrega uma herança unilateral e autoritária proveniente de uma realidade compatível com os superados dogmas do Estado Liberal.

Em face do Estado Democrático de Direito, onde os direitos fundamentais e o princípio democrático surgem como valores estruturantes, torna-se uma exigência o surgimento de uma nova Administração Pública, democrática e garantidora dos direitos dos particulares. A teoria procedimentalista, portanto, ganha o contorno de novo paradigma teórico no Direito Administrativo, e passa a se integrar ao ordenamento jurídicos através das leis e códigos do procedimento. Em Portugal, o Código de Procedimento Administrativo de 1991 inaugura e confere operatividade ao procedimento. No Brasil, a Constituição Federal de 1988, através do princípio do devido processo legal e a Lei n. 9.784 de 1998, conferem os contornos jurídicos para a procedimentalização de toda atuação administrativa em que houver alguma divergência de interesses.

O capítulo II discorre sobre a disciplina da participação administrativa. Primeiro é feita uma breve análise histórica desse fenômeno, posteriormente se empreende a definição de um conceito de participação administrativa, discorrendo sobre as principais categorizações elaborada pela doutrina. Por fim, aborda-se a regulação e instrumentos jurídicos da participação administrativa em Portugal, e

posteriormente no Brasil, na tentativa de elucidação de uma interpretação incorreta do §3º do artigo 37 da Constituição Federal.

O capítulo III fala sobre a interferência das Tecnologias da Informação e Comunicação na transformação da organização e na forma de relacionamento das Administrações dos Estados contemporâneos. Relaciona-se a o surgimento da Administração Digital com o movimento de reforma administrativa ocorrida na década de 1990 e com a nova sociedade da informação. Depois traça-se um conceito de Administração Digital, seguida por uma análise das principais fases evolutivas do processo de incorporação das TIC pela Administração Pública. Posteriormente, detalha-se a evolução da Administração Digital na Europa, em Portugal e no Brasil. Nas duas últimas partes, se relaciona a Administração digital ao fenômeno procedimental e a disciplina da participação administrativa.

Na última parte do estudo, capítulo IV, busca-se uma contribuição à operatividade de uma participação procedimental no contexto de uma Administração Digital no ordenamento jurídico brasileiro, retirando desdobramentos jurídicos dos princípios gerais da atividade administrativa previstos no artigo 37 da Constituição Federal de 1988, o princípio da legalidade, da publicidade, da impessoalidade e da eficiência.

Abstract

This paper discusses three current phenomena in Administrative Law: proceduralizing administrative activity, administrative participation and the emergence of a new type of Public Administration, in result of the changes by the use of Information and Communication Technologies, called Digital Administration.

In respect of these themes, based on the general principles of the Brazilian Administrative Law, the purpose is to contribute to the operability of administrative participation procedural in the context of Digital Administration.

The study is divided into four chapters.

The first part addresses the discipline the proceduralizing of activity management, as a new paradigm of Administrative Law. It makes a brief historical

resume, highlighting the Administration still carries a unilateral and authoritarian heritage from a reality compatible with the overcome dogmas of the Liberal State.

In view of the Democratic Estate of Law, where the fundamental rights and the democratic principle emerge as values structuring, a requirement it is the emergence of a new public administration, democratic and guarantor of the rights of individuals. The procedural theory, therefore, wins the outline of new theoretical paradigm in administrative law, and proceeds to integrate the legal system through laws and codes of procedure. In Portugal, the Administrative Procedure Code 1991 opens and provides operability to the procedure. In Brazil, the Federal Constitution of 1988, through the principle of due process and the law n. 9784/1999 provide the legal boundaries for proceduralizing of all the administrative action where there is any conflict of interest.

Chapter II discusses the discipline of administrative participation. First a brief historical analysis is made of this phenomenon, subsequently undertakes the definition of a concept of administrative participation, discussing the main categorizations developed by doctrine. Finally, approaches to regulatory and legal instruments of administrative participation in Portugal, and later in Brazil, in an attempt to elucidate an incorrect interpretation of Paragraph 3 of Article 37 of the Constitution.

Chapter III talks about the interference of Information and Communication Technologies in transforming the organization and form of relationship of the administrations of contemporary states. It relates to the Digital Administration appearance with the administrative reform movement that took place in the 1990s and the new information society. Then draws up a concept of Digital Administration, followed by an analysis of the main evolutionary phases of the ICT incorporation process by the Public Administration. Subsequently, details the evolution of the Digital Administration in Europe, in Portugal and Brazil. In the last two parts, it relates to digital management to procedural phenomenon and discipline of administrative participation.

In the last part of study, chapter IV, search is a contribution to the operability of a procedural participation in the context of Digital Administration in the Brazilian legal system, drawing legal consequences of the general principles of administrative activity provided for in Article 37 of the 1988 Federal Constitution, the principle of legality, publicity, impersonality and efficiency.

Abreviaturas

CPA - Código de Procedimento Administrativo Português

CF - Constituição da República Federal do Brasil de 1988

CRP - Constituição da República Portuguesa de 1976

TIC - Tecnologias da Informação e Comunicação

LRJPAC - Regimen Juridico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, Ley 30/1992

LAECSP - Ley de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos, Ley n. 11/2007 - LAECSP

STF - Supremo Tribunal Federal do Brasil

Introdução

A revolução social e econômica proporcionada pelas transformações tecnológicas que vêm ocorrendo nas últimas décadas, de maneira generalizada em todas as parte do mundo, é uma realidade que vem alterando de forma inédita a comunicação e o relacionamento entre os indivíduos, da esfera interpessoal às relações econômicas, e, cada vez mais, traz para o mundo virtual todos os aspectos das nossas vidas.

O Estado, enquanto instituição integrada a essa nova Sociedade da Informação, influencia e, ao mesmo tempo, sofre influência de todo esse processo. A incorporação do uso das novas Tecnologias de Informação e Comunicação pelas Administrações Públicas permitiu a desmaterialização de atos e documentos, aumentou sua capacidade interativa através da comunicação em rede e tem feito surgir um novo tipo de administração, com novas possibilidades de rearranjo organizacional e interação com os cidadãos.

Em paralelo, o procedimento aparece como figura central do Direito Administrativo contemporâneo, se consolidando como um novo paradigma e adquirindo uma centralidade teórica que traz para os seus contornos as principais explicações dogmáticas dos fenômenos jusadministrativos.

Noutra vertente, a participação administrativa ressurge como ponto de ligação entre as duas disciplinas: assumindo uma posição fundamental dentro da procedimentalização da atividade administrativa e ganhando contornos inéditos com as novas possibilidades participatórias proporcionadas pela utilização das TIC.

Neste íterim, apesar da carência de instrumentos normativos, o objeto do presente estudo centra-se na busca de uma operatividade jurídica da participação procedimental no contexto de uma Administração Digital, com foco no ordenamento jurídico brasileiro.

A escassez de estudos sobre a procedimentalização da atividade administrativa, e de sua relação com a participação e a Administração Digital no Brasil, revela um certo isolamento e conservadorismo da doutrina jurídica nacional, que faz com que a produção científica do país ainda se encontre nos primeiros anos de desenvolvimento dessas matérias.

No entanto, o estágio de evolutivo desse fenômenos no ordenamento jurídico e na dogmática europeia, e especificamente em Portugal, que possui o mais atualizado Código de Procedimento Administrativo do continente, lançam algumas luzes sobre os principais desafios a serem superados num futuro breve, e servem de referência para uma adaptada leitura dessas temáticas à realidade brasileira.

I - A Procedimentalização da atividade administrativa como novo paradigma do Direito Administrativo

1 - Uma questão preliminar: Processo ou procedimento?

Questão fundamental para o desenvolvimento do presente estudo diz respeito à escolha terminológica da expressão “procedimento administrativo”, em detrimento do termo “processo administrativo”.

Na Europa, observa-se uma evolução do que se chamava de “processo não contencioso” ou “processo gracioso”¹, no sentido da consolidação, pelas leis e pela doutrina, do termo procedimento administrativo, para significar o desenvolvimento da atividade administrativa segundo um iter disciplinado juridicamente, ou seja no exercício da função administrativa².

No Brasil a doutrina diverge, sendo adeptos do termo “procedimento” Carlos Ari Sundfeld³, Lúcia Valle Figueiredo⁴ e Marçal Justen Filho⁵. No entanto, após a Constituição Federal de 1988, que fixou o termo processo, ao se referir à processo judicial e administrativo⁶, cada vez mais se adota o termo processo administrativo, parecendo ser este o caminho a se consolidar.

Sem adentrar nas raízes da discussão, para evitar possíveis confusões terminológicas, considerando que o presente estudo se desenvolve numa instituição de ensino europeia, aqui se optará pela expressão procedimento administrativo.

¹ Marcello Caetano falava em “processo administrativo gracioso” e em “processo contencioso”, ver Manual de Direito Administrativo, vol. II, Almedina, Coimbra, 1980, pag. 1287 e ss. Na França se falava em “procédure non contentieuse”, nesse sentido ver André de Laubadère, Jean-Claude Venezia e Yves Gaudemet, Traité de Droit Administratif, 11 ed, Tomo 1, Paris: L.G.D.J, 1990, pag. 567 e ss

² Em Portugal a Constituição da República de 1976 pacificou a distinção entre processo e procedimento, sobre o tema ver Pedro Machete, A Audiência dos Interessados no Procedimento Administrativo, pag. 55-57. Na Alemanha, a lei de procedimento “Verwaltungsverfahrensgesetz” de 1976 adota a noção de procedimento “Verfahren”, distinta da concepção de processo “Prozess”, nesse sentido ver Harmut Maurer, Direito Administrativo Geral, Barueri: Manole, 2006, pag. 106. Na Espanha a Ley 30 de 1992, Regimen Juridico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, também optou pelo termo procedimento administrativo.

³ Cfr Carlos Ari Sundfeld, A Importância do Procedimento Administrativo, in Revista de Direito Público, num, 84, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1987, pag. 64

⁴ Cfr Lúcia Valle Figueiredo, Procedimento Administrativo, in Processo e Procedimento em face da Constituição, Revista da AASP, num. 34, pag. 62

⁵ Cfr Marçal Justen Filho, Considerações sobre o processo administrativo fiscal, in Revista Dialética de Direito Tributário, num. 33, 1998, pag. 108

⁶ Nesse sentido ver incisos LIV e LV, art. 5º da CF.

2 - A atuação da Administração Pública no século XXI em crise

Entender a atual fase anacrônica do Direito Administrativo requer um entendimento prévio da relação entre o Estado e o Direito, e para esse fim se faz necessária uma retomada histórica dos momentos que marcaram as principais viradas de rumo do Estado, e por reflexo, do Direito, e que consequentemente moldaram o fundamento da atuação administrativa.

Considerando os limites do objeto de estudo aqui tratado, neste tópico se fará uma breve análise das viragens políticas e históricas do Estado⁷, com foco em desvendar como a atuação administrativa foi moldada a partir da concepção de Estado de sua respectiva época.

O momento histórico imediatamente anterior às revoluções liberais é caracterizado por uma forte centralidade estatal, em que o poder era exercido pelo Rei, e o fundamento legitimador do poder era de base religiosa, num direito divino⁸, o que se chamou de Estado Absoluto ou Estado de Polícia⁹.

Numa perspectiva histórica, a própria função política deste tipo de Estado consistiu em construir uma unidade estatal e societária, para que fosse possível a transformação de uma situação de fragmentação política, para um contexto de unidade e coesão jurídica-política¹⁰, que deu forma ao modelo de Estado Nação que conhecemos atualmente¹¹.

Dentro desse quadro político, a centralidade das estruturas decisórias e executórias, além de uma posição de supremacia em relação aos súditos, eram a base da atuação estatal, pois quanto mais próxima do centro, mais fidedigna seria o conteúdo da manifestação de vontade do Estado-Rei. Nestes termos, podemos

⁷ Aqui se refere a “Estado” na sua feição moderna, portanto em Estado Moderno, surgido a partir do processo de nascimento dos Estados europeus. Para mais desenvolvimentos ver Jorge Miranda, Teoria Geral do Estado e da Constituição, Almedina, 2005, pag. 37

⁸ Nas lições de Jorge Miranda, “O Rei pretende-se escolhido por Deus, governa pela graça de Deus, exerce uma autoridade que se reveste de fundamento ou de sentido religioso”, Teoria Geral do Estado e da Constituição, pag. 43

⁹ Cfr Jorge Miranda, Teoria Geral do Estado e da Constituição, pag. 43

¹⁰ Cfr Jorge Miranda, Teoria Geral do Estado e da Constituição, pag. 44

¹¹ Nesse contexto surge a ideia de soberania do Estado, de Jean Bodin, como fundamento jurídico do poder do Rei, e justifica a centralidade da organização política-administrativa, nesse sentido ver Miguel Morgado, A noção de soberania e os seus fundamentos em Jean Bodin, in Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, vol. I, Coimbra Editora, 2012, pag. 161-184

dizer que a eficiência geral do Estado era medida pelo critério centralizador, quanto mais central a atuação, mais eficiente seria seu comando¹².

Como sabemos, com o advento das Revoluções Liberais, principalmente da Revolução Gloriosa, na Inglaterra, e da Revolução Francesa, ocorreu uma profunda ruptura social e política, que alterou toda a organização da sociedade e do Estado.

A partir desse momento foram introduzidas as bases para um novo tipo de Estado, o Estado de Direito ou Liberal, que pode ser caracterizado pelo exercício do Poder do Estado apenas nos limites das normas estabelecidas, pautado pela limitação do poder pela Lei, a que todos deveriam se submeter, inclusive o Estado, e pela garantia de direitos individuais aos cidadãos, além da repartição do exercício do poder entre Parlamento, Executivo e Judiciário.

O “novo contrato social” é fundamentado numa racionalidade que coloca o povo como titular da soberania do Estado e na divisão do exercício do poder em três entes distintos. O discurso legitimador dessa nova estrutura política-social é pautada pela ideia de exercício do poder estatal pelo povo, que através da sua casa (Parlamento) emana suas próprias regras e define os limites de quem aplica a lei, Executivo e Judiciário.

A noção de Estado mínimo, e de separação total entre Estado e Sociedade, são características de uma fase em que a ausência de intervenção do poder público era uma garantia dos cidadãos, e as únicas funções da Administração Pública do Estado Liberal eram manter a ordem e assegurar o exercício dos direitos de liberdade e propriedade dos cidadãos¹³.

No entanto, apesar da radical ruptura no campo social e político, as mudanças carreadas pelo Estado Liberal não significou o surgimento de um novo modelo de Administração Pública. O que se identifica é uma continuidade do modelo de Administração do Estado Absoluto¹⁴, mantendo-se intactos os traços

¹² Sobre o tema Wolff, Bachof e Stober afirmam que a estrutura fruto deste modelo de Estado é uma “organização administrativa unitária e hierarquizada”. Para mais desenvolvimentos ver o capítulo II A Administração centralizada no Estado de polícia, pag. 105 e ss, ver Hans J. Wolff; Otto Bachof; Rolf Stober, Direito Administrativo, vol. I, Tradução de Antonio F. de Sousa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2006

¹³ Cfr Hans J. Wolff, Otto Bachof e Rolf Stober, Direito Administrativo, Vol. I, pag. 111

¹⁴ Cfr Vasco Pereira da Silva, Em Busca do Acto Administrativo Perdido, Almedina, 2003, pag. 38

caracterizadores da organização da atividade administrativa do regime pré-liberal, a sua unilateralidade e centralidade¹⁵.

Essa herança das estruturas de organização administrativa vem justificar o caráter autoritário da Administração liberal, que conforme Vasco Pereira, tem como traços gerais: a) quanto às formas de atuação, o uso quase exclusivo do ato administrativo como manifestação de poder; b) quanto à organização administrativa, apresenta uma estrutura concentrada e centralizada.

A Administração do Estado Liberal, que se convencionou chamar de “Administração agressiva¹⁶”, concebia sua atuação num quadro organizatório altamente hierarquizada, em que existia uma minimização do interesse público primário e numa relação com os particulares que se resumia a execução de decisões tipicamente ablatórias¹⁷, através do ato administrativo.

Com a crise da experiência liberal, reflexo direto das crises cíclicas do modelo económico capitalista, inicia-se uma nova fase, ocorrendo uma transição para um modelo em que o Estado é chamado a ampliar seu campo de atuação, e passa a intervir nas áreas económica e social.

O Estado Social surge permeado pelo aparecimento de funções inteiramente novas, novas tarefas e demandas sociais, que passam a ser encargo estatal, e que operam uma profunda transformação nas suas formas tradicionais de atuação¹⁸.

A Administração Pública, nesse contexto, passa por um processo de redimensionamento, transforma-se numa “Administração Prestadora”, não mais vista como violadora de direitos, e sim, entendida como principal instrumento de satisfação das novas necessidades sociais¹⁹.

A Administração Pública ocupa um espaço central nesse novo modelo de Estado²⁰, pois em face da mudança nas finalidades estatais, é conferida à Administração a função de concretização desses interesses sociais.

¹⁵ Nesse sentido David Duarte, Procedimentalização, Participação e Fundamentação: Para uma Concretização do Princípio da Imparcialidade como Parâmetro Decisório, Almedina, 1996, pag. 30

¹⁶ Cfr Vasco Pereira da Silva, Em Busca do Acto Administrativo Perdido, pag. 40

¹⁷ Cfr David Duarte, Procedimentalização, Participação...pag. 30

¹⁸ Cfr Vasco Pereira da Silva, Em Busca do Acto Administrativo Perdido, pag. 73

¹⁹ Sobre a transição do Estado Liberal para o Estado Social e seus reflexos para Administração Pública, ver A. Barbosa de Melo, Introdução às Formas de Concertação Social, in BFDUC, vol. LIX, 1983, pag. 88

²⁰ A centralidade do Estado Social na Administração Pública é tal que parte da doutrina cunhou a expressão “Estado de Administração” para se referir a esse período histórico. Nesse sentido ver Vasco Pereira da Silva, Em Busca do Acto Administrativo Perdido, pag. 74

Portanto, observa-se um emponderamento jurídico-político da Administração Pública, que expande seus limites de atuação e assiste a criação de outras formas de intervenção jurídica, no sentido de operacionalizar seu modo de atuação, como são exemplos o regulamento e o contrato administrativo.

Apesar do aparecimento dessas novas formas de agir, que de certo modo, inauguraram a colaboração e intervenção dos particulares na atividade administrativa²¹, o cerne do modo atuação da Administração Pública continuou carregando o viés autoritário da Administração agressiva, inclusive por uma questão de eficiência no cumprimento das prestações materiais a que estava incumbida²².

De fato, não se pode julgar incoerente que a Administração do Estado Social se utilize dos mesmos institutos jurídicos operativos do Estado Liberal, pois como assevera David Duarte, “tanto num caso como no outro, a intervenção jurídica da Administração baseia-se generalizadamente nas figuras do acto e do regulamento(...) formas de atuação unilateral tipicamente autoritárias”²³.

As demandas trazidas pela necessidade de intervenção do Estado na esfera social pugnavam por ações intervencionistas e de grande escala, tarefas que seriam melhor desenvolvidos em estruturas decisórias centralizadas e hierarquizadas²⁴, e a Administração, passa a ganhar uma concepção de um poder autônomo não meramente executivo da Lei, mas essencialmente voltado à concretização dos fins e metas do Estado, apesar de sua atuação, muitas vezes, possuir um vácuo regulamentador.

A expansão das atividades da Administração Pública e a impossibilidade da lei regular todas as hipóteses do comportamento estatal repercute num contexto em que a Administração, na ausência de parâmetros legais de atuação, cria suas

²¹ Cfr Vasco Pereira da Silva, Em Busca do Acto Administrativo Perdido, pag. 76

²² Cf David Duarte, Procedimentalização, Participação...pag. 34

²³ Cf David Duarte, Procedimentalização, Participação...pag. 34

²⁴ Sobre a transição do Estado Liberal para o Estado Social, Rogério Soares comenta: “(...) toda a construção do Direito Administrativo estava proposta para regulamentar a acção do velho Estado do modo liberal e custa encaixar agora nos quadros tradicionais uma acção em que o Estado não age como Estado, como sujeito da esfera do político, mas como figura do mundo do económico.” Rogério Ehrhardt Soares, Direito Público e Sociedade Técnica, Atlântida Editora, Coimbra, 1969, pags. 86 - 87.

próprias normas de conduta²⁵, se auto-regulando, apesar de sua estrutura centralizada e “inadequada” para a emanação de normas²⁶.

Um conjunto de circunstâncias, principalmente econômicas e sociológicas, demonstraram as limitações desse modelo de organização estatal²⁷, e a crise do Estado-Providência deu lugar a um novo modo de configuração organizativa, o ainda jovem Estado Pós-social.

Nesse quarto estágio estatal, em especial nos países adeptos do sistema jurídico romano-germânico, ocorre uma revalorização do papel da Constituição na configuração do Estado, como fruto de um movimento que busca nos valores morais a base do pacto social.

Após a traumática experiência do nazi-fascismo, a Constituição aparece como o centro axiológico legitimador da conduta do Estado²⁸, e ganha uma força normativa até então desconhecida, passa a ter eficácia e aplicabilidade direta, como toda norma jurídica²⁹.

A expansão e fortalecimento da jurisdição constitucional³⁰ e a eficácia operativa dos direitos fundamentais expressos nas cartas constitucionais nos países de Direito Continental, exigiram uma postura estatal inteiramente nova, na busca por um modelo de atuação e de solução de conflitos que se compatibilizasse dentro desse novo quadro jurídico-político.

²⁵ Nesse sentido, sobre a autonomia da Administração em relação a lei, Vasco Pereira chega a afirmar que a função da Administração Pública se torna uma “função muito mais criadora”. Ver Em Busca do Acto Administrativo Perdido, pag. 83

²⁶ O Prof. Paulo Otero classifica as normas criadas pela Administração Pública para se auto-regular em “fontes voluntárias internas autovinculativas”, esse fenómeno ocorre quando a Administração Pública reserva para si a produção da fonte que consubstancia a vinculação administrativa”, ver Legalidade e Administração Pública: O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade, Almedina 2011, pag. 397 e ss

²⁷ Por todos ver Vasco Pereira, Em Busca do Acto Administrativo..pag. 122-123

²⁸ Nas lições de Gustavo Binenbojm, “A bárbarie perpetrada pelas potências do Eixo com o beneplácito do legislador revelou, com eloquência, a imperiosa necessidade de fixação de limites jurídicos para a ação de todos os poderes públicos, inclusive os parlamentos.”, ver Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização, 2º ed., Renovar, 2008, pag. 62

²⁹ Sobre o tema se destaca a obra de Konrad Hesse, A Força Normativa da Constituição. Nessa obra Hesse sustenta que a Constituição jurídica tem uma pretensão de eficácia, e, assim como a lei, deve moldar a realidade, e não depender dela para ver realizado seus comandos, nesse sentido ver Nesse sentido ver Konrad Hesse, A Força Normativa da Constituição, Fabris Editor, Porto Alegre, 1991 pag. 19

³⁰ Jurisdição Constitucional significa, nas lições de Hans Kelsen, “a garantia jurisdicional da Constituição”, e “é um elemento do sistema de medidas técnicas que têm por fim garantir o exercício regular das funções estatais”. Noutras palavras, é a outorga de poderes a um tribunal jurisdicional para que se verifique a devida conformação das leis e demais atos a Constituição. Ver Hans Kelsen, Jurisdição constitucional, 2ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2007, pag. 123

No Estado (Social) Democrático de Direito os princípios constitucionais são os parâmetros decisórios de mais alto grau³¹, e devem conferir à atividade administrativa, assim como à atividade legislativa e judicial, a legitimidade necessária para ser considerada válida.

De outra ótica, isso equivale dizer que toda a atividade administrativa deve buscar em um ou mais princípios constitucionais como centro de validade de sua conduta, num movimento de otimização dessas normas³², devendo a Administração Pública assumir um o papel ímpar de concretizadora das normas constitucionais, e deixar de ser a mera executora da lei.

A legitimidade da conduta da Administração passa a ganhar relevo, o que se traduz na exigência de compatibilidade direta dos meios jurídicos utilizados para a concretização dos fins públicos e os valores constitucionais positivados através de seus princípios³³.

3 - Direitos Fundamentais e Princípio Democrático como vetores da transformação dos paradigmas da Administração Pública no Estado Democrático de Direito

O que se conhece por Estado Democrático de Direito ou Estado Social Democrático de Direito é a conjugação dos modelos de Estado de Direito e do Estado social, com os valores morais da democracia: liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana³⁴.

³¹ Nas lições de J.J Gomes Canotilho, os princípios constitucionais são normas jurídicas de alto grau de abstração, que possuem uma “natureza normogenética”, isto é, “os princípios são fundamentos de regras, são normas que estão na base ou constituem a *ratio legis* de regras jurídicas”. Ver J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7º ed., Almedina, 2000, pag. 1161

³² Cfr J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, pag. 1161

³³ Cfr Onofre Alves Batista Júnior, *Transações Administrativas*, Quartier Latin, São Paulo, 2007, pag. 41

³⁴ Nas lições de José Afonso da Silva: “A democracia, como realização de valores (igualdade, liberdade e dignidade) de convivência humana, é conceito mais abrangente do que o de *Estado de Direito*, que surgiu como expressão jurídica da democracia liberal. A superação do liberalismo colocou em debate a questão da sintonia entre o Estado de Direito e a sociedade democrática. A evolução desvendou sua insuficiência e produziu o conceito de Estado Social de Direito, nem sempre de conteúdo democrático. Chega-se agora ao *Estado Democrático de Direito* que a Constituição acolhe no art. 1º como um conceito-chave do regime adotado, tanto quanto o são o conceito de Estado de Direito Democrático da República Portuguesa (art. 2º) e o de Estado Social e Democrático da Constituição Espanhola (art. 10)”, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, São Paulo, Malheiros, 1992, pag. 116

A Constituição da República Portuguesa de 1976 e a Constituição Federal do Brasil adotaram, expressamente, o modelo de Estado Democrático de Direito em seus textos constitucionais, em seus artigos 2^a³⁵ e 1^o³⁶, respectivamente. .

Nesse contexto, a positivação dos direitos fundamentais nos textos constitucionais assumem um papel importantíssimo para toda ordem jurídica, que passam a integrar um sistema axiológico e atuam como fundamento material de todo o ordenamento jurídico, extrapolando sua função originária de instrumentos de defesa da liberdade individual³⁷.

Nas lições de Konrad Hesse, os valores democrático e dos direitos fundamentais são os fundamentos de legitimidade e os elementos estruturantes do Estado Democrático de Direito³⁸. Nesse mesmo sentido, Gustavo Binenbojm, considera a democracia e os direitos fundamentais como as duas maiores conquistas da moralidade pública em todos os tempos³⁹.

A centralidade das constituições modernas no princípio da dignidade da pessoa humana é a expressão maior da posição de superioridade axiológica dos direitos fundamentais nesses sistemas normativos⁴⁰.

O fundamento democrático surge do valor moral de auto-afirmação humana, do ponto de vista individual, e de autogoverno coletivo, do ponto de vista social, baseado na premissa em que todos os indivíduos são iguais, e por conseguinte, todos têm uma parcela igual de poder para decidir sobre os rumos da sociedade em que vivem⁴¹. Enquanto princípio constitucional, o princípio democrático é mais que

³⁵ Constituição da República Portuguesa, “Artigo 2º: A República Portuguesa é um Estado de direito democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia de efetivação dos direitos e liberdades fundamentais e na separação e interdependência de poderes, visando a realização da democracia económica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa”.

³⁶ Constituição Federal do Brasil, “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:(...)”

³⁷ Nesse sentido ver Ingo Wolfgang Sarlet, A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional, Livraria do Advogado, 11ª ed, 2012, pag. 60-61

³⁸ Ver Konrad Hesse, Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha, Fabris Editor, Porto Alegre, 1998, pag. 240

³⁹ Cfr Gustavo Binenbojm, Uma Teoria do Direito Administrativo, pag. 49

⁴⁰ Nesse sentido comenta Flávia Piovesan, “A dignidade da pessoa humana, (...) está erigida como princípio matriz da Constituição, imprimindo-lhe unidade de sentido, condicionando a interpretação das suas normas e revelando-se, ao lado dos Direitos e Garantias Fundamentais, como cânone constitucional que incorpora “as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro”, Direitos Humanos e o Direito Constitucional internacional, 4º ed, São Paulo: Max Limonad, 2000, pag. 54

⁴¹ Cfr Gustavo Binenbojm, Uma Teoria do Direito Administrativo, pag. 50

uma técnica de deliberação (consubstanciada no princípio da maioria⁴²) é um “impulso dirigente” de toda sociedade e exige que toda organização do Estado possua o conteúdo democrático.

Entre os direitos fundamentais e democracia existe uma relação de “interdependência e reciprocidade”⁴³, base do Estado Democrático de Direito, que conjuga respeito pelos direitos de liberdade e dignidade, pautada pela legitimação da conduta estatal na soberania popular.

Por uma perspectiva, os direitos fundamentais podem ser considerados simultaneamente como pressuposto, garantia e instrumento do princípio democrático da autodeterminação do povo⁴⁴. A própria noção de direitos fundamentais, na visão de Ronald Dworkin, tem um elemento democrático intrínseco, pois os considera como direitos morais, reconhecidos no seio de uma comunidade política cujos integrantes são tratados com igual respeito e consideração⁴⁵.

Os direitos fundamentais têm uma função democrática, e significam a contribuição de todos os cidadãos no exercício do poder. Juntos, o princípio democrático e os direitos fundamentais, possuem um papel na definição da forma de organização do poder do Estado⁴⁶.

Essa forma, impõe um dever de justificação de todo o exercício das competências estatais, inclusive as de natureza administrativa, seja feito com obediência à soberania popular⁴⁷.

Essa *mudança copérnica* nos fundamentos legitimadores de atuação do Estado exige uma refundação do próprio Direito Administrativo enquanto ciência jurídica, no sentido de analisar e repensar seus dogmas clássicos diante dessa nova realidade política-jurídica.

Não são poucas as evidências de que o esquema teórico geral do Direito Administrativo encontra no momento histórico atual um desafio inédito. Como vimos nas linhas acima, apesar do Estado ter passado por várias transformações nos

⁴² Portanto, a igualdade é o valor axiológico da democracia, no qual o princípio da maioria é a técnica de deliberação coletiva mais difundida e aceita hodiernamente, mas aquela não se resume neste.

⁴³ Cfr Gustavo Binenbojm, Uma Teoria do Direito Administrativo, pag. 50,

⁴⁴ Cfr Ingo Wolfgang Sarlet, A Eficácia dos Direitos Fundamentais, pag. 61

⁴⁵ Cfr Gustavo Binenbojm, Uma Teoria do Direito Administrativo, pag. 54

⁴⁶ Cfr J.J. Gomes Canotilho, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, pag. 290

⁴⁷ Cfr Marçal Justen Filho, Curso de Direito de Direito Administrativo, Revista dos Tribunais, 8 ed, São Paulo, 2012, pag. 117

últimos séculos, não houve uma real necessidade de mudança no *modus operandi* da atuação administrativa, que permaneceu autoritária e centralizada, do Estado Absolutista ao Estado (Social) Democrático de Direito atual.

Pautada numa concepção jurídica formalista, o direito administrativo manteve inalterada sua estrutura teórico-explicativa de base liberal, concebida numa distinção clara entre Estado e sociedade⁴⁸, interesse público e interesse privado, em que o distanciamento do cidadão perante o Estado era tido como uma conquista, um direito de não-intervenção em sua esfera privada⁴⁹.

Por conseguinte, toda essa dogmática administrativa clássica construída ainda sob os ditames do Estado Liberal ver-se ruir pela necessidade de incremento do princípio democrático e do princípio de respeito e concretização dos direitos fundamentais como base de sua conduta.

Essa incompatibilidade, entre um conteúdo autoritário e centralizado, e um quadro jurídico-constitucional que tem no princípio democrático um dos seus cernes, vem revelar a insuficiência técnica-explicativa dos dogmas clássicos do Direito Administrativo diante dos problemas práticos que se deparam as Administrações modernas⁵⁰.

De forma resumida, dentro dos limites do objeto de investigação do presente estudo, evidencia-se os seguintes pontos em que se manifesta essa incompatibilidade:

i) O ato administrativo ainda é a forma predominante de intervenção jurídica da Administração Pública, apesar de carregar em si uma herança autoritária⁵¹ e de possuir como paradigma os fundamentos justificadores do Estado Liberal⁵² ;

⁴⁸ “Pode afirmar-se que toda a estrutura política do século XIX vai construir-se como uma tentativa de conseguir a mais completa separação do Estado e da sociedade.” Rogério Soares, Direito Público e Sociedade Técnica, pag. 40

⁴⁹ Sobre a incompatibilidade dos dogmas clássicos do direito administrativo ver Miguel Sanchez Morón, La Participación del ciudadano en la Administración Publica, Estudios de Administracion, XLII, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980, pag. 19 e ss;

⁵⁰ Sanchez Morón já sublinhava que “la doctrina iusadministrativista actual - o la parte de ella que continúa sirviéndose de dicha construcción, aun necesariamente modernizada - es incapaz de asumir la explicación técnica de innumerables problemas prácticos que plantean las administraciones modernas, por lo que tiene que acudir a un tratamiento parcial o subsidiario de muchos de ellos, considerándolos muchas veces como anomalías más o menos accidentales, que no rompen el esquema general, o incluso en ocasiones a su puro y simple no tratamiento, remitiéndose a otras ramas de la ciencia jurídica o a otras ciencias sociales para su estudio”. Miguel Sanchez Moron, La Participacion del ciudadano en la Administracion Publica, pag. 18

⁵¹ Comentando sobre a origem autoritária do conceito de ato administrativo Pedro Machete ressalta que o conceito de ato administrativo proposto por Otto Mayer é “uma declaração autoritária da Administração que determina ao súbdito o que para ele deve valer como direito num caso concreto”, Pedro Machete, Estado de Direito Democrático e Administração Paritária, Dissertação de

ii) A crise do princípio da legalidade administrativa, em que vê na lei “o fundamento, o critério e o limite de toda atividade administrativa”⁵³. De uma forma mais genérica, pode-se afirmar que a crise encontra-se no próprio conceito de legalidade como parâmetro de conduta do Estado⁵⁴. A lei, segundo os postulados liberais, encontrava-se apta a atuar no contexto de um Estado mínimo, regulando todas as matérias em que o Estado sentia a necessidade de intervir⁵⁵.

Num regime jurídico centrado na Constituição, a Administração Pública poderá agir com fundamento direto na Carta Magna, sendo esta um critério imediato da decisão administrativa. A lei deixou de ter o monopólio habilitante da atividade administrativa, que para agir não necessita essencialmente de uma mediação legislativa⁵⁶.

Ainda mais, a crise da legalidade deve-se também à proliferação de diversos tipos normativos infraconstitucionais capazes de servirem de fundamento à atuação administrativa⁵⁷. Todo esse quadro, traduz-se na conclusão de que a Lei, em seu sentido formal, já não pode servir como único parâmetro vinculativo da atividade administrativa.

iii) O Princípio da Supremacia do Interesse Público Sobre o Interesse Privado perde força normativa. O referido princípio configura-se como um dogma do direito administrativo⁵⁸, sendo considerado, nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, um “verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público”, que “proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o particular(...)”⁵⁹.

doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Almedina, 2007, pag. 243

⁵² Nesse sentido destaca-se a obra de Vasco Pereira da Silva, *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*, em que o autor faz uma alargada abordagem dos fatores principais de crise do ato administrativo como conceito central do Direito Administrativo, em especial o Capítulo I, pag. 11-145. Também sobre a temática ver João Loureiro, *O Procedimento Administrativo Entre a Eficiência e a Garantia dos Particulares*, Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra Editora, 1995 pag.60 e ss

⁵³ Cfr Diogo Freitas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo*, vol. I, 2º ed, Almedina, 2012, pag. 48

⁵⁴ Gustavo Binenbojm, *Uma Teoria do Direito Administrativo*, pag. 125

⁵⁵ Ver Paulo Otero, *Legalidade e Administração Pública: O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, pag. 153

⁵⁶ Nesse sentido ver Paulo Otero, *Legalidade e Administração Pública: O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, pag. 734-743

⁵⁷ Cfr Gustavo Binenbojm, *Uma Teoria do Direito Administrativo*, pag. 132

⁵⁸ Confira-se nesse sentido Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*, 19º ed, Atlas, São Paulo, 2006, pag. 62-64, Odete Medauar, *Direito Administrativo Moderno*, 12º ed, Editora Revista dos Tribunais, 2008, pag. 141, Celso Antonio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, 15º ed, Malheiros, 2003, pag. 43-47

⁵⁹ Cfr Celso Antonio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, pag.60

Esse princípio traz como pressuposto a legitimação do desequilíbrio e da verticalidade entre a Administração e os administrados, além de significar uma discriminação negativa dos interesses privados e uma regra de preferência pelo interesse público, fazendo lembrar a ideia liberal de separação total entre Estado e sociedade.

A compatibilização desse princípio com o ordenamento constitucional foi objeto de profunda análise por Humberto Ávila, que concluiu pela ausência de respaldo normativo do princípio da supremacia do interesse público, de forma sucinta, pelas seguintes razões: a) o princípio não decorre da análise sistemática do ordenamento jurídico; b) o princípio não admite a dissociação entre o interesse público e o interesse privado, o que coloca em xeque a própria existência dessa supremacia; c) o princípio revela-se incompatível com os preceitos normativos erigidos pela ordem constitucional⁶⁰.

Em linhas gerais, dois outros argumentos poderiam ser levantados: a) multiplicidade de interesses públicos existentes na sociedade complexa atual; b) enfraquecimento da legitimidade do Estado em monopolizar a exteriorização do interesse público⁶¹;

Diante desse cenário, ocorreu um grande esforço da dogmática administrativa no sentido de reinterpretar os dogmas clássicos do Direito Administrativo numa perspectiva constitucionalizada, no sentido de revestir a atuação unilateral/centralizada da Administração Pública de um caráter democrático.

No entanto, a manutenção de uma estrutura centralizada e de uma atuação unilateral da função administrativa, mesmo com a construção de soluções dogmáticas “paliativas e pontuais”, num contexto de Estado Democrático de Direito, seria a constatação da inexistência de outra solução exequível que possa substituir essa estrutura teórico-jurídica, da ausência de novos paradigmas em que o Direito Administrativo possa se fundamentar.

O próprio “critério de faseamento histórico”⁶² entre o Estado Social e o Estado pós-social indica residir na mudança dos tradicionais modos de atuação

⁶⁰ Ver Humberto Bergmann Ávila, Repensando o Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o particular, in O Direito Público em Tempos de Crise - Estudos em Homenagem a Ruy Ruben Ruschel, 1999, pag. 99 - 127

⁶¹ Nesse sentido ver Patrícia Baptista, Transformações do Direito Administrativo, Renovar, 2003, pag. 191 e ss

⁶² Nesse sentido ver David Duarte, Procedimentalização, Participação..pag. 35

administrativa e no aparecimento de meios de concertação e colaboração decisória, fazendo desaparecer, ou pelo menos minimizar, a pressão autoritária da Administração.

Nesse sentido, nas últimas décadas, parte da doutrina jurídico-administrativa já admite que a superação da situação de crise, nitidamente constatada, requer o desenvolvimento de uma nova dogmática administrativa, o que significaria uma refundação do Direito Administrativo⁶³.

Num movimento de superação da atuação unilateral da Administração Pública, surgem novas formas de exercício da função administrativa, formas de comunicação que possibilitem que o cidadãos façam parte dos processos decisórios, na busca por uma legitimidade do direito que se encontre em consonância com os interesses da sociedade⁶⁴.

Uma dessas novas alternativas de renovação dogmática do Direito Administrativo é a doutrina da procedimentalidade, que fundamenta no procedimento administrativo o centro do direito administrativo, e a partir dele tenta desenvolver uma sistemática teórico-explicativa que possa permitir a compreensão dos fenômenos administrativos atuais.

4 - Origem Jusfilosófica do Paradigma Procedimentalista do Direito

Para uma compreensão alargada do fenômeno da procedimentalização do Direito Administrativo faz-se necessária uma sucinta introdução do surgimento jusfilosófico desse processo, o que se fará em breves linhas, considerando as fronteiras do objeto de estudo aqui investigado.

Paradigma se constitui como uma rede de compromissos ou adesões, conceituais, teóricas, metodológicas e instrumentais compartilhados. Segundo Thomas Kuhn, os “paradigmas são as realizações científicas universalmente

⁶³ Vasco Pereira da Silva, *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*, pag. 112

⁶⁴ “A atividade administrativa não mais se limita à mera execução mecanicista de um quadro normativo estabelecido na lei, cabendo à administração pública implementar atividades e condutas descritas em programas normativos abertos, devendo desenvolver, para tanto, formas de comunicação e procedimentos que satisfaçam às condições de legitimação do estado de direito, ou seja, que possibilitem que os indivíduos atingidos pela atuação administrativa possam tematizar seus interesses nos processos de decisão do Estado.” Luís Henrique Baeta Funghi, *Da dogmática autoritária à administração pública democrática*, Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 257, maio/ago. 2011, pag. 228

reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência”⁶⁵.

No âmbito da ciência do direito os paradigmas jurídicos remetem-se a ideologia política dominante em cada época, considerando que o Direito é produto de opções políticas. Nesse sentido, Habermas distingue três grandes paradigmas que embasaram e ainda embasam as interpretações jurídicas: os paradigmas do Estado liberal, do Estado social e do Estado Democrático de Direito.

O paradigma do Estado Liberal nasceu com o moderno constitucionalismo e ambos têm raízes na teoria contratualista e em sua rígida distinção entre Estado e sociedade civil. Nessa perspectiva, o significado do direito estava ligado a compreensão formal do direito burguês, assegurando os direitos individuais e estabelecendo a tripartição dos poderes⁶⁶.

Dentro desse paradigma, a igualdade entre as pessoas estaria assegurada formalmente pela generalidade e abstração da legislação, limitada, por sua vez, à garantia das esferas de atuação da liberdade individual. Como assinala Habermas, existia um entrelaçamento entre “liberdade jurídica” e “direito geral à igualdade”⁶⁷

Com o advento da crise do Estado mínimo de cunho liberal surge o Estado Social, encarregado da implementação dos direitos sociais e do planejamento econômico, já que a natureza prestativa ou positiva dos direitos sociais não era condizente com a atitude contida do Estado liberal.

A mudança legitimou a atividade legislativa do Poder Executivo, admitida inicialmente como exceção e que depois se consolidou como regra, principalmente nos regimes totalitários e ditatoriais. Além disso, a própria natureza dos direitos individuais burgueses foi alterada. Eles passaram a ser limitados em face dos princípios que contemplavam uma igualdade material além de formal: o direito de propriedade e de autonomia da vontade dos contratantes, por exemplo, cediam espaço aos princípios da função social da propriedade e da supremacia do interesse público⁶⁸.

⁶⁵ Thomas. S. Kuhn, A estrutura das revoluções científicas. São Paulo: Perspectiva, 1991, pag. 13

⁶⁶ Jurgen Habermas, Direito e Democracia: entre faticidade e validade, v. II, 2º ed, Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1997, pag. 137

⁶⁷ Jurgen Habermas, Direito e Democracia: entre faticidade e validade, v. II, pag 138

⁶⁸ Sobre esse tema Habermas comenta sobre as transformações nos contratos e o surgimento de uma nova noção de propriedade, ver Jurgen Habermas, Direito e Democracia: entre faticidade e validade, v. II, pag. 140-143

A inflação de tarefas e encargos sociais ao Estado ocasionaram a crise desse paradigma. No âmbito jurídico, essa crise se manifesta de duas formas: abala o conceito de separação dos poderes na medida em que as tarefas sociais desenvolvidas pelo Executivo, bem como a ampliação do campo de apreciação jurisdicional, transpuseram as clássicas distinções entre os poderes. Em segundo lugar, a própria força impositiva da lei é abalada pela inserção de conceitos jurídicos indeterminados, noções gerais e princípios abrangentes e prognósticos imprevisíveis que acabaram por enfraquecer a noção tradicional de segurança jurídica⁶⁹.

No liberalismo, a garantia formal da autonomia privada contra ingerências estatais era suficiente para garantir a isonomia entre os cidadãos, sujeitos as mesmas regras de mercado. O Estado social, por sua vez, procurou equipará-los materialmente, como condição da igualdade social e política. Em ambos os casos, a relação entre a autonomia privada e a autonomia pública ficou desequilibrada⁷⁰. No primeiro, em razão de uma esfera privada formalmente garantida e indiferente às desigualdades econômicas e sociais. No segundo, em decorrência de uma administração provedora e autônoma na medida em que, por um lado, procura compensar as desigualdades sociais e, por outro, retira dos cidadãos o poder decisório, condenando-os “à adaptação e à obediência passiva”⁷¹.

No que ele chama de paradigma do Estado Democrático de Direito, Habermas propõe solucionar esse problema buscando o devido entrelaçamento entre as esferas pública e privada, na medida em que os cidadãos participam do processo democrático de elaboração e aplicação das leis que, por sua vez, regularão suas próprias interações sociais. Trata-se de uma relação de complementariedade, em que “os cidadãos, ao darem-se conta de sua autonomia pública, têm que estabelecer os limites da autonomia privada, a qual qualifica as pessoas privadas para o seu papel de cidadão”⁷².

O princípio do Estado Democrático de Direito é aquele que garante a “auto-organização política autônoma de uma comunidade, a qual se constitui, com o

⁶⁹ Cfr Jürgen Habermas, *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*, v. II, pag. 154-156

⁷⁰ Sobre essa incompatibilidade e sobre o paradigma procedimentalista na teoria discursiva de Habermas aplicada ao Direito ver Rafael Lazzarotto Simioni, *Direito e racionalidade comunicativa: a teoria discursiva do Direito no Pensamento de Jürgen Habermas*, Editora Juruá, Curitiba, 2007, pag. 217-240

⁷¹ Cfr Jürgen Habermas, *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*, v. II, pag. 173-174

⁷² Cfr Jürgen Habermas, *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*, v. II, pag. 157

auxílio do sistema de direitos, como uma associação de membros livres e iguais do direito”⁷³.

A participação dos cidadãos no processo de formação da vontade do Estado ganha uma relevância central nesse modelo, e essa participação deve desenvolver-se através de um contexto que proporcione uma igual oportunidade de participação. O princípio do discurso é que legitimará a formação do Direito, e conforme assevera Habermas, “todos os membros têm que poder tomar parte nos discurso, mesmo que os modos sejam diferentes. Cada um deve ter basicamente as mesmas chances de tomar posição, dizendo ‘sim’ ou ‘não’ a todos os proferimentos relevantes”⁷⁴.

Dessa forma, para a ciência jurídica o paradigma que irá melhor adaptar-se a esse contexto é o paradigma procedimentalista, pois o procedimento enquanto técnica de formação do Direito é o meio necessário para fecundar a racionalidade comunicativa e para viabilizar o “discurso” dos integrantes da comunidade jurídica, e assim proporcionar o consenso social. O procedimento permite que todos os interessados exerçam sua autonomia privada, na formação da autonomia pública.

⁷³ Cfr Jürgen Habermas, *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*, v. I, Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1997, pag 220

⁷⁴ Jürgen Habermas, *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*, v. I, pag. 227-228

5 - A Procedimentalização do Direito Administrativo

Neste tópico será apresentada uma breve análise de como esse novo paradigma procedimentalista se inseriu na dogmática administrativa, e quais foram os principais contributivos para o fenômeno da procedimentalização do Direito Administrativo.

Nas lições do professor italiano Aldo Sandulli, no mundo do Direito o fenômeno do procedimento é sempre caracterizado por uma coordenação de atividades jurídicas em relação ao alcançar de um certo resultado⁷⁵.

Portanto, no direito positivo contemporâneo o procedimento formalizado tornou-se um modo geral de desenvolvimento das atividades públicas. Nessa linha, deve-se distinguir o procedimento considerando-se as três principais funções do Estado: i) procedimento legislativo, referente à atividade legislativa e ao seu processo de criação de normas; ii) procedimento judicial, referente à forma da jurisdição e das outras funções que as normas atribuem ao juiz; iii) procedimento administrativo, referente à forma da atividade administrativa⁷⁶.

A noção de procedimento no Direito Administrativo foi muito influenciada pela concepção jurisprudencial de controle da atividade administrativa, que se confunde com a própria origem contenciosa de surgimento do Direito Administrativo, como “obra e graça” da jurisprudência do “Conseil d’État” francês, que, na ausência de uma regulação do *iter decisório* dos atos administrativos, concentrava suas preocupações nas atuações administrativas finais⁷⁷.

A centralidade da dogmática administrativa na discussão e no desenvolvimento de técnicas de controle judicial do ato administrativo, pois somente o ato administrativo poderia ser objeto de sindicalização judicial⁷⁸, fez com que se desenvolvesse uma noção de procedimento administrativo meramente formal,

⁷⁵ Cfr Aldo M. Sandulli, *Il Procedimento Amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1940, pag. 41, citado por Vasco Pereira da Silva, in *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*, pag. 348

⁷⁶ Esta é a concepção de procedimento de Massimo S. Giannini, in *Diritto Amministrativo*, Vol. II, Giuffrè, Milano, 1988, pag. 539, citado por Vasco Pereira, in *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*, pag. 350

⁷⁷ Cfr Vasco Pereira da Silva, *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*, pag. 310

⁷⁸ Sobre o tema João Loureiro comenta: “A construção dogmática e teórica do procedimento administrativo resultou dos esforços em sede de controlo da invalidade dos actos administrativos. A figura foi desenvolvida por exigências de tutela: o procedimento não era mais do que o acto administrativo visto retrospectivamente.” João Loureiro, *O Procedimento entre a Eficiência e a Garantia dos Particulares*, pag. 41

concebido como uma série ordenada de atos, com o objetivo único de controlar a decisão final⁷⁹.

No entanto, a superação da posição de centralidade do ato administrativo para o Direito Administrativo, faz com que a dogmática se volte ao momento anterior e posterior à decisão administrativa, e assim, “o mundo do procedimento foi descoberto pelo Direito Administrativo”⁸⁰, e surge uma nova concepção de procedimento administrativo.

Com a crise do ato administrativo, surge na doutrina italiana uma noção de procedimento, que nas palavras de Frederico Tedeschi, significa uma nova “forma da atividade administrativa de satisfação de interesses públicos”⁸¹, numa espécie de alternativa dogmática ao ato administrativo.

Esse resgate do procedimento administrativo como instituto autônomo teria a vantagem de estabelecer um tratamento dogmático uniforme a toda atividade administrativa, pois o procedimento é um fenômeno comum a todos os domínios da Administração Pública, como também traz a possibilidade de entender a integralidade da atividade da Administração⁸².

Essa nova concepção de procedimento começa a se incorporar nos ordenamentos jurídicos, e a partir da Segunda Guerra mundial assiste-se a um fenômeno de “mundialização de diplomas de regulamentação do procedimento administrativo”⁸³.

Numa brevíssima análise pode-se dizer que identifica-se três modelos globais de conformação jurídica do procedimento administrativo: a) modelo austríaco; b) modelo americano; c) modelos espanhol⁸⁴.

⁷⁹ Exemplo dessa noção formal de procedimento é a confusão doutrinária entre o “vício de forma” e o procedimento, em que se entendia que a discussão sobre o procedimento se resumia à verificação do não cumprimento de formalidades essenciais do ato administrativo no processo de elaboração da decisão administrativa. Ver Vasco Pereira da Silva, *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*, pag. 313-316

⁸⁰ Cfr Vasco Pereira da Silva, *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*, pag. 311

⁸¹ Definição de procedimento administrativo de Frederico Tedeschi, *Procedimento Administrativo*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXXV, Giuffrè, Varese, 1986, pag. 876, citado por Vasco Pereira da Silva, *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*, pag. 350, nota 3

⁸² Nesse sentido ver Vasco Pereira da Silva, *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*, pag. 303

⁸³ Nesse sentido ver David Duarte, *Procedimentalização, Participação..*, pag. 51 e ss

⁸⁴ Classificação desenvolvida por David Duarte com base na influência global que as codificações de certos países tiveram outros, e utilizando como critérios: grau de afastamento relativamente ao modelo do processo civil; pela integração de matérias conexas; a opção por uma regulamentação exaustiva ou por uma disciplina escassa e flexível. Para mais desenvolvimentos ver *Procedimentalização, Participação..*, pag. 55 e ss

O modelo austríaco desenvolveu uma codificação do procedimento que, influenciado pela doutrina positivista e pela jurisprudência, tinha como fundamento que o procedimento seria uma fase anterior do processo administrativo contencioso⁸⁵. Esse modelo de codificação tratou exaustivamente do procedimento, e desenvolveu-se uma espécie procedimental que assegurou as mesmas garantias processuais do processo judicial aos cidadãos dentro da atividade administrativa⁸⁶.

O modelo americano nasceu nos Estados Unidos da América com a Federal Administrative Procedure Act de 1946, e teve como características uma curta extensão normativa, a não incorporação de direito material, a participação procedimental como um elemento essencial, a sua flexibilidade e informalidade e no seu centro em princípios gerais do procedimento⁸⁷.

Já o modelo espanhol surge com a Ley del Procedimiento Administrativo de 1958, que, ao contrário dos dois modelos anteriores, institui um “esquema tipo” de procedimento administrativo, com uma extensa codificação, que incluiu direitos de natureza material e regulou mecanismos participatórios, no sentido de intervenção no processo de decisão, e não somente como defesa procedimental⁸⁸.

Do ponto de vista dogmático, pode-se diferenciar duas principais abordagens do fenómeno da procedimentalização do Direito Administrativo na atualidade: uma perspectiva objetiva do procedimento, e uma perspectiva subjetiva do procedimento.

A doutrina alemã desenvolveu uma moderna concepção subjetivista da disciplina do procedimento tomando como base e fundamento o Direito Constitucional, e em especial, os direitos fundamentais. Considerando os princípios constitucionais do Estado de Direito e da ordem democrática, a doutrina germânica, tendo como precursor Peter Haberle, sustenta que existe uma dimensão procedimental dos direitos fundamentais, através do direito de participação, que se exterioriza através do conceito de “*status activus processualis*”⁸⁹.

Segundo essa doutrina, o princípio do *status activus processualis* constitui um princípio estruturador da Administração jurídica-constitutiva, uma exigência do

⁸⁵ Cfr Rui Machete, Os Princípios Gerais do Código de Procedimento Administrativo, in O Código de Procedimento Administrativo, Centro de Estudos - Instituto Nacional de Administração, 1992, pag. 47

⁸⁶ Cfr Vasco Pereira da Silva, Em Busca do Acto Administrativo Perdido, pag. 321-322

⁸⁷ Cfr David Duarte, Procedimentalização, Participação..., pag. 64-69

⁸⁸ Cfr David Duarte, Procedimentalização, Participação..., pag. 69-74

⁸⁹ Nesse sentido ver Vasco Pereira da Silva, Em Busca do Acto Administrativo Perdido, pag. 330-336

direito de participação, enquanto componente legitimadora da conduta do Estado, elemento essencial num Estado Democrático de Direito.

Noutra perspectiva, surgiu também na dogmática alemã uma noção de procedimento enquanto direito-garantia dos direitos fundamentais, no sentido de qualquer ação do Estado que possa afetar direitos fundamentais seja tomada a partir de um procedimento que possibilite ao indivíduo defender-se preventivamente dela⁹⁰.

A perspectiva objetiva do procedimento ficou a cargo da doutrina italiana, que é chamada de “nova escola objetivista”, que inclui autores como Nigro, Pastori, Pericu, Chiti e Cardì, dentre outros. Essa orientação parte de uma visão de procedimento como estrutura de composição de interesses públicos e privados, e defendendo o procedimento enquanto instrumento racionalizador da eficiência da conduta estatal⁹¹.

Tanto na doutrina italiana quanto na doutrina alemã, apesar da distinta perspectiva de abordagem do fenómeno administrativo, consideram que a procedimentalização assume o papel de meio mais adequado da expressão da vontade administrativa⁹².

De forma mais alargada, e da conjugação dessas duas correntes doutrinárias, pode-se afirmar que o procedimento aparece como instrumento capaz de fornecer uma resposta adequada a dupla função do Direito Administrativo, ou seja, satisfaz a função de proteção jurídica e defesa das posições jurídicas subjetivas, como também serve à função objetiva de otimização da prossecução do interesse público, sendo considerado uma “estrutura integratória de interesses”⁹³ e servido de paradigma para a doutrina jurídica administrativa moderna.

⁹⁰ Cfr Vasco Pereira da Silva, Em Busca do Acto Administrativo Perdido, pag.334

⁹¹ Cfr Vasco Pereira da Silva, Em Busca do Acto Administrativo Perdido, pag. 353-357

⁹² Nesse sentido ver Denis Galligan, que assevera que “o modo procedimentalista aparenta haver assegurado um lugar em algumas áreas da moderna administração e, segundo alguns, deveria assumir lugar ainda maior”, in *Due Process and Fair Procedures: A Study of Administrative Procedures*, Oxford: Clarendon Press, 1996, pag. 30

⁹³ Nesse sentido ver David Duarte, *Procedimentalização, Participação..*, pag. 102-104

5.1 - Procedimentalização do Direito Administrativo em Portugal

O procedimento administrativo na doutrina jusadministrativa portuguesa tem resquícios no “processo administrativo gracioso”, que deve-se a Marcello Caetano, como já referido *infra*, que caracterizava a atividade administrativa numa atividade processual, e o processo administrativo dividindo-se em processo gracioso ou contencioso⁹⁴.

Logo depois, Freitas do Amaral já aborda a disciplina utilizando-se do termo procedimento, e refere-se ao procedimento administrativo como “uma sequência ordenada de atos e formalidades tendentes à formação de uma vontade funcional ou à sua execução”⁹⁵. Ressalta-se aqui a concepção de procedimento enquanto realidade processual, à semelhança do processo judicial.

Do ponto de vista da conformação jurídica do procedimento, remonta à Lei de Meios de 1962 a primeira promessa de codificação do procedimento⁹⁶. Mas foi com a Constituição da República de 1976 que se instituiu a obrigação de existência de uma lei reguladora do “processamento da atividade administrativa”⁹⁷.

No entanto, apesar dos projetos de Código Administrativo Gracioso datarem do início da década de 1980, somente em 1991 foi aprovado o primeiro Código de Procedimento Administrativo do ordenamento português, elaborado sob a direção de Freitas do Amaral, e que foi objeto de revisão em 1996. O referido diploma legal foi substituído por um novo Código de Procedimento Administrativo no ano de 2015, conforme Lei n° 42/2014, de 11 de Julho do aludido ano.

Quanto ao enquadramento categorial do diploma, pode-se afirmar que, desde os projetos de codificação, o modelo adotado em Portugal é o modelo espanhol⁹⁸, pela sua extensa regulação, pela determinação de um esquema tipo de procedimento, que compreende seis fases distintas, além de incluir o direito material em seu texto.

⁹⁴ Cfr Marcello Caetano, Manual de Direito Administrativo, vol. II, pag. 1287

⁹⁵ Cfr Diogo Freitas do Amaral, Direito Administrativo, vol. III, Almedina, Coimbra, 1995, pag. 182

⁹⁶ Cfr Paulo Otero, Direito do Procedimento Administrativo, vol. I, Almedina, Coimbra, 2016, pag. 27

⁹⁷ Ver artigo n° 267, n°5 da Constituição da República Portuguesa de 1976

⁹⁸ Cfr David Duarte, Procedimentalização, Participação...pag. 77

Ressalta-se também a influência americana do Federal Administrative Procedure Act, nas matérias referentes a informação ao público e na elaboração de regulamentos⁹⁹.

A codificação do procedimento administrativo despertou uma ferrenha discussão na doutrina jusadministrativa portuguesa, e teve como seu maior opositor Rogério Soares, que alegava que um código procedimental poderia trazer consequências negativas a disciplina, como a burocratização, um excesso de formalismo e uma diminuição da qualidade das decisões materiais da Administração¹⁰⁰.

Não obstante o risco desses inconvenientes, o Código de Procedimento Administrativo em Portugal revelou-se de essencial importância para a autonomia do fenómeno procedimental, e isso numa dupla perspectiva: a) do ponto de vista da Administração, que utiliza o parâmetro legal como fonte otimizadora da eficácia de suas decisões; b) do ponto de vista dos particulares, que têm garantido um direito de participação e intervenção nas decisões administrativas através da participação procedimental num procedimento equitativo¹⁰¹.

No ordenamento português a norma constitucional prevista no art. 267º, n. 5 da CRP de 1976, não deixou margem apreciativa e vinculou o legislador à obrigação de elaboração de uma regulação procedimental, e dessa maneira, elevou de forma incontestável o paradigma procedimental a uma posição central na dogmática do Direito Administrativo português, encontrando no procedimento administrativo o “local” de satisfação dos direitos fundamentais de natureza procedimental e como instrumento de realização de direitos fundamentais substantivos¹⁰².

De forma geral, a doutrina portuguesa caminha no sentido de constatar a existência de um princípio do devido procedimento equitativo como direito fundamental de atuação administrativa através do procedimento.

O princípio do devido procedimento legal ou do procedimento equitativo tem suas bases nos postulados “*audi alteram partem*” e no “*nemo iudex in causa sua*” do

⁹⁹ Cfr Diogo Freitas do Amaral, O Novo Código do Procedimento Administrativo, in O Código do Procedimento Administrativo, Lisboa, 1992, pag. 23

¹⁰⁰ Nesse sentido ver Rogério Soares, Codificação do Procedimento Administrativo Hoje, in Direito e Justiça, vol. VI, 1992, pag. 16 e ss

¹⁰¹ Nesse sentido ver Vasco Pereira da Silva, Em Busca do Acto Administrativo Perdido, pag. 379 e Paulo Otero, Direito do Procedimento Administrativo, vol I, pag. 49

¹⁰² Cfr Paulo Otero, Direito do Procedimento Administrativo, vol I, pag. 37 e Sérvulo Correia, Administrative due or fair process: different paths in the evolutionary formation of a global principle and a global right, in Values in global administrative Law, Oxford, 2011, pag. 153

Direito Romano. Numa perspectiva mais atual, pode-se dizer que esse princípio tem como principal referência o *due process* do Direito Americano, introduzido pelas emendas constitucionais V e XVI¹⁰³.

Numa perspectiva internacional o princípio do procedimento equitativo tem relação direta com o direito fundamental ao processo equitativo, consagrado no artigo 6º, nº 1, da Convenção Europeia de Direitos do Homem.

No ordenamento português, segundo as lições de Paulo Otero, desde o século XIV se encontram resquícios desse princípio¹⁰⁴. De maneira generalizada, pode dizer que o princípio do procedimento equitativo exige que a conduta da Administração seja estruturada em um procedimento, no sentido de garantir: a participação dos interessados na formação das decisões ou deliberações que lhe digam respeito, a efetividade do direito ao contraditório; a produção de uma decisão final, preparada à luz de uma metodologia ponderativa de todos os interesses envolvidos; uma fundamentação adequada, que considere todas as alegações e fatos surgidos no âmbito do procedimento; uma decisão final dentro de um prazo razoável e a garantia da imparcialidade do agente julgador¹⁰⁵.

Um dos principais instrumentos operativos do princípio do procedimento equitativo na ordem jurídica portuguesa é o princípio da adequação procedimental, previsto no artigo 56º do CPA¹⁰⁶.

Esse subprincípio vincula a toda forma de atuação administrativa aos princípios gerais do procedimento administrativo, no sentido de pautar a formação da decisão administrativa através de uma via/estrutura procedimental procedimental

¹⁰³ Cfr João Loureiro, O Procedimento Administrativo entre a Eficiência e a Garantia dos Particulares, pag. 72-73

¹⁰⁴ Cfr Paulo Otero, Direito do Procedimento Administrativo, vol I, pag. 75

¹⁰⁵ Nesse sentido ver as conclusões de João Loureiro, ao comentar sobre o princípio do procedimento justo, ao dispor sobre cinco dimensões essenciais desse princípio: dimensão participativa, dimensão de informação, dimensão de fundamentação, dimensão de eficiência e dimensão de imparcialidade. Para mais desenvolvimentos ver João Loureiro, O Procedimento Administrativo entre a Eficiência e a Garantia dos Particulares, pag. 255-257. Também ver Paulo Otero, Direito do Procedimento Administrativo, vol I, pag. 77-79

¹⁰⁶ Decreto-Lei n.º 4/2015, Artigo 56.º, *in verbis*:

Princípio da adequação procedimental

Na ausência de normas jurídicas injuntivas, o responsável pela direção do procedimento goza de discricionariedade na respetiva estruturação, que, no respeito pelos princípios gerais da atividade administrativa, deve ser orientada pelos interesses públicos da participação, da eficiência, da economicidade e da celeridade na preparação da decisão.

que seja a mais adequada, idônea e justa na persecução do interesse público e na garantia das posições subjetivas dos administrados¹⁰⁷.

De uma outra perspectiva, é consequência imediata desse princípio uma proibição de escusa de não utilização do procedimento administrativo, como estrutura integradora de interesses, quando não existir uma tipificação legal específica para o tipo de atuação administrativa no caso concreto, como também, por outro lado, veda-se um excesso de formalismo na conduta administrativa¹⁰⁸.

De maneira conclusiva, observa-se que a codificação do procedimento no ordenamento português serviu como instrumento de desenvolvimento da disciplina do procedimento administrativo e consolidou diversos avanços doutrinários na teoria administrativa.

5.2 - Procedimentalização do Direito Administrativo no Brasil: uma abordagem operativa

O tema da procedimentalização do Direito Administrativo ainda permanece como uma fronteira quase inexplorada pela doutrina do direito administrativo no Brasil. De forma geral, o fenômeno administrativo segue sendo analisado sob a perspectiva clássica do ato administrativo e o desenvolvimento dos seus elementos básicos¹⁰⁹.

Observa-se, no entanto, que os escassos estudos sobre o tema focaram sua abordagem nas garantias individuais de defesa do administrado, “especificamente em procedimentos gravosos, como os procedimentos disciplinares e sancionadores”¹¹⁰, e não como paradigma geral do Direito Administrativo¹¹¹.

¹⁰⁷ Paulo Otero, Direito do Procedimento Administrativo, vol I, pag. 83

¹⁰⁸ Paulo Otero, Direito do Procedimento Administrativo, vol I, pag. 83

¹⁰⁹ Sobre o tema Patrícia Baptista afirma “Fiel ao esquema clássico da dogmática administrativa, a doutrina pátria sempre relegou o processo administrativo a um papel menor”. De se observar aqui a utilização do vocábulo “processo administrativo” no sentido de “procedimento administrativo”. Patrícia Baptista, Transformações do Direito Administrativo, pag. 254

¹¹⁰ Cfr Patrícia Baptista, Transformações do Direito Administrativo, pag. 254

¹¹¹ Uma das exceções é o artigo A Importância do Procedimento Administrativo, de Carlos Ari Sundfeld, publicado em 1997

Adiantado-se a construção dogmática, a Constituição Federal de 1988 inaugura, no Brasil, a “tendência contemporânea de procedimentalização da atividade administrativa”¹¹².

O artigo 1º da Constituição Federal determina que o Brasil é o Estado Democrático de Direito, fundado na soberania popular. Nesse sentido, a observância de procedimentos democráticos, com ampla participação da população, é um fator constitutivo de validade da atividade administrativa¹¹³.

A soberania popular se manifesta por diversas vias dentro da organização do Estado, a depender da própria natureza da atividade e função. Do ponto de vista político, a principal exteriorização da soberania popular é a investidura dos representantes através do sufrágio popular.

Dentro do âmbito da atividade administrativa, a democracia e soberania popular, historicamente encontraram certa resistência no desenvolvimento da operatividade de seus comandos. Como visto nas linhas acima, a herança autoritária e até a própria natureza peculiar da função administrativa, de impor a ordem e exercer o *imperium* estatal, fizeram com que o surgimento de meios de atuação concretizadores desses princípios dentro da Administração Pública tardassem a se desenvolver.

O surgimento do movimento que coloca o procedimento como o centro da atividade administrativa, é portanto, um reflexo direto da “necessidade de que as decisões administrativas surjam como conclusão de uma série ordenada de atos estruturados entre si, de modo a propiciar a participação de todos os interessados, a ampla investigação da realidade dos fatos, a exposição dos motivos determinantes para escolhas adotadas e a submissão à revisão de entendimentos”¹¹⁴.

Desse modo, é intrínseca a relação entre as exigências constitucionais de democratização da Administração Pública e a centralidade da atividade administrativa no procedimento¹¹⁵.

A Carta Magna, em seu artigo 5º, incisos LIV e LV, submeteu toda a atividade administrativa ao que podemos chamar de princípio geral do “devido procedimento

¹¹² Cfr Odete Medauar, A processualidade no Direito Administrativo, 2º ed., Editora Revista dos Tribunais, 2008, pag. 74

¹¹³ Justen Filho, Marçal. Curso de Direito Administrativo, pag. 117

¹¹⁴ Marçal Justen Filho, Curso de Direito Administrativo, p. 117

¹¹⁵ Na lição de Justen Filho: “Não há regime democrático quando as decisões administrativas são adotadas sem a observância de procedimentos predeterminados que assegurem a participação igualitária de todos os integrantes da comunidade.” Curso de Direito Administrativo.pag. 118

administrativo”¹¹⁶, e estabeleceu as garantias instrumentais imprescindíveis a sua efetividade.

O art.5º, LIV, dispõe que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. O inciso LV estabelece que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 45/04, foi introduzido o inciso LXXVIII no art. 5º da CF/88, assegurando a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Assim, conformando-se às atuais preocupações do Direito Administrativo, a CF/88 não apenas prevê, como impõe a observância da estrutura processual em diversas situações inseridas no âmbito administrativo, emoldurando o poder discricionário do Estado e trazendo nova ordem de critérios decisórios e de garantias entre a Administração e os administrados.

A partir deste marco constitucional se iniciou um período de florescimento de estudos voltados ao fenômeno da procedimentalização¹¹⁷. No entanto, a carência de uma lei geral de procedimentalização da Administração Pública tornava o tratamento da matéria vago e indicava uma certa “falta de consciência generalizada do papel do procedimento administrativo para a atividade administrativa”¹¹⁸.

a) A Lei nº 9.784/1999 e o marco da procedimentalização da atividade administrativa no Brasil

Com a promulgação da Lei Federal nº 9.784 de 1999, a Lei do Processo Administrativo Federal, institui-se uma regulação geral do fenômeno procedimental no âmbito da Administração Pública Federal.

Influenciada pelas recentes legislações italiana, portuguesa e espanhola¹¹⁹, a Lei nº 9.784/99 incorpora modernas concepções doutrinárias sobre o tema,

¹¹⁶ Nesse sentido ver Justen Filho, Marçal. Curso de direito administrativo, pag. 117

¹¹⁷ Como se destaca a obra A Processualidade no Direito Administrativo, de Odete Medauar

¹¹⁸ Patrícia Baptista, Transformações do Direito Administrativo, pag. 256

¹¹⁹ A Lei de procedimento espanhola é de 1992 e a Lei de procedimento italiana é de 1990, a antiga Lei de Procedimento portuguesa é de 1991

principalmente as tendências de proteção do administrado e a eficiência na gestão administrativa¹²⁰.

A referida lei estabeleceu um amplo rol de direitos aos administrados, além da regulação dos procedimentos de consulta¹²¹ e audiência pública¹²², como também fixou uma regra geral da participação¹²³, não limitando a intervenção dos administrados as espécies especificamente reguladas.

Uma das grandes inovações da Lei nº 9.784/99 é a adoção do modelo multilateral¹²⁴ das relações jurídicas Administração-administrado, quando fixou em seu artigo 9º um direito subjetivo de intervenção no procedimento de todos aqueles “têm direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada”¹²⁵.

Apesar da lei não elencar minuciosamente a forma que a Administração Pública deve atuar na efetivação desse direito de intervenção no procedimento, a conjugação dos seus artigos legais com os princípios constitucionais da soberania popular e do princípio democrático, revelam um dever geral de abertura administrativa à consideração dos interesses dos administrados¹²⁶.

¹²⁰ Nesse sentido é o artigo 1 da Lei nº 9.784/99, *in verbis*: Art. 1º Esta Lei estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração.

¹²¹ Art. 31, da Lei nº 9.784/99: Quando a matéria do processo envolver assunto de interesse geral, o órgão competente poderá, mediante despacho motivado, abrir período de consulta pública para manifestação de terceiros, antes da decisão do pedido, se não houver prejuízo para a parte interessada.

¹²² Art. 32 da Lei nº 9.784/99: Quando a matéria do processo envolver assunto de interesse geral, o órgão competente poderá, mediante despacho motivado, abrir período de consulta pública para manifestação de terceiros, antes da decisão do pedido, se não houver prejuízo para a parte interessada.

¹²³ Art. 33 da Lei nº 9.784/99: Art. 33. Os órgãos e entidades administrativas, em matéria relevante, poderão estabelecer outros meios de participação de administrados, diretamente ou por meio de organizações e associações legalmente reconhecidas.

¹²⁴ Cfr Patrícia Baptista, Transformações do Direito Administrativo, pag. 259

¹²⁵ Art. 9 da Lei nº 9.784/99: São legitimados como interessados no processo administrativo

¹²⁶ Para Floriano Neto, tal processualização da atividade administrativa possui três consequências marcantes para a expedição de atos administrativos: (i) a primeira se refere à permeabilidade que a edição do ato administrativo deve ter aos interesses que serão por ele afetados, de tal forma que todos estes deverão ser levados em consideração pela autoridade ao editar o ato administrativo; (ii) a segunda trata da necessidade de que o ato administrativo não seja meramente editado de acordo com as balizas postas pela lei, mas que tenha um olhar prospectivo, com a ponderação e análise dos impactos da decisão administrativa nos diversos interesses envolvidos no caso concreto, fundamentação da alternativa adotada etc.; (iii) por fim, a terceira consequência se refere à unilateralidade reflexiva do ato administrativo, que significa que as diversas posições e interesses conflitantes na situação em apreço pela autoridade administrativa devem ser consideradas na expedição do ato, inclusive para fins de motivação, de tal modo que, a despeito do caráter unilateral do ato – afinal, não se trata de negócio jurídico administrativo –, tal característica deve ser analisada à luz do conflito de interesses subjacente à expedição do ato. Ver Floriano de Azevedo Marques

Passa-se, então, a considerar o processo administrativo como um instrumento eficaz para a verificação e ponderação dos diversos interesses colidentes no caso concreto, através da mediação entre eles e o diálogo entre os detentores dos interesses legítimos¹²⁷.

No caso brasileiro, no âmbito federal, foi adotada um modelo de procedimentalização em que se estabelece as regras gerais de atuação administrativa, baseado em princípios¹²⁸, e que não expressa um arquétipo formalizado de sequência procedimental, se aproximando da sistemática adotada pela Legge n° 241/90 italiana e da Federal Administrative Procedure Act americano¹²⁹.

A adoção desse modelo procedimental oferece uma larga flexibilidade à Administração Pública no momento de conformação jurídica do procedimento administrativo¹³⁰, permitindo que, em conformidade com os princípios gerais, a Administração crie “quadros-tipos de procedimento” que maximizem os seus dois objetivos principais, a “proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração”¹³¹.

A consideração dessa dupla perspectiva, de um lado a Administração na busca de seus fins e, de outro, os administrados na proteção dos seus direitos, deve servir de parâmetro condutor da atividade administrativa no momento de conformação do procedimento, na procura por um ponto de equilíbrio entre a atribuição dos poderes procedimentais necessários para o estabelecimento de

Neto, A superação do ato administrativo autista, *in* Odete Medauar; Vitor Rhein Schirato (org.) *Atuais Rumos do Processo Administrativo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 110

¹²⁷ Cfr Vitor Rhein Schirato, O processo administrativo como instrumento do Estado de Direito e da Democracia, *in* Odete Medauar; Vitor Rhein Schirato (org.) *Atuais Rumos do Processo Administrativo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, pag. 40

¹²⁸ Art. 2° da Lei n° 9.784/99, *in verbis*: “ A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência”.

¹²⁹ David Duarte classifica em três os modelos de procedimento administrativo: modelo austríaco, modelo americano e o modelo espanhol. Nesses termos, o procedimento administrativo adotado no Brasil com a Lei n° 9.784/99 se aproxima do modelo americano de procedimento. Ver *Procedimentalização, Participação...* pag. 60-74

¹³⁰ No sentido da flexibilidade do modelos de procedimento adotado pela referida lei ver a Exposição de Motivos da comissão de juristas que elaboraram o projeto de lei votado no Congresso Nacional, Antonio Nelson Antônio Jobin, Projeto de sobre Processo Administrativo, *in* *Revista de Direito Administrativo*, vol. 205, 1996, pag.349-357

¹³¹ Artigo 1° da Lei n° 9.784/99

bases para a decisão e uma flexibilidade que é imprescindível para a concretização dos interesses públicos a serem considerados¹³².

Considerando esse contexto de amplo espaço conformador, deixado pela lei nº 9.784/99, o desafio aqui, então, se manifesta na construção de mecanismos operativos, verdadeiros “*standards*” de decisão, que possam superar as regras estáticas e venham conferir uma razoável densidade normativa ao procedimento no âmbito da atividade administrativa¹³³.

b) As duas espécies principais de procedimentos administrativos no Direito Administrativo brasileiro

Em linhas gerais, pode-se identificar dois tipos básicos de procedimento no âmbito da atividade administrativa: o procedimento administrativo punitivo e o procedimento administrativo não-punitivo¹³⁴.

O procedimento administrativo punitivo é todo aquele que visa a aplicação de sanções administrativas, em que existe um acusado e envolve direitos subjetivos de defesa do administrado, a exemplo do processo judicial.

Nessa espécie de procedimento, desde a Constituição de 1946, por uma interpretação dada ao § 15 do art. 141, são assegurados os direitos de contraditório e ampla defesa ao acusado em procedimento administrativo punitivo¹³⁵. Aqui, portanto, não existem grandes controvérsias, doutrinárias ou jurisprudenciais, sobre os elementos procedimentais básicos necessários para garantir os direitos dos administrados envolvidos nessa espécie de procedimento.

Situação diferente ocorre com os procedimentos de tipo não-punitivo. Nessa categoria, o procedimento é instrumento de “integratório de interesses”¹³⁶ e serve como elemento democratizador da atividade administrativa. Especificamente nesse âmbito procedimental, a Administração, despida de seu caráter punitivo, tem um

¹³² Cfr David Duarte, Procedimentalização, Participação...pag. 82

¹³³ Nesse sentido Binenbojm advoga uma atuação administrativa pautada no princípio da proporcionalidade para se alcançar uma plena efetividade constitucional, ver Gustavo Binenbojm, Uma Teoria do Direito Administrativo, pag. 105

¹³⁴ Ada Pellegrini Grinover, Do Direito de Defesa em Inquérito Administrativo, in Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, num. 183, Jan/Mar 1991, pag. 12

¹³⁵ Ada Pellegrini Grinover, Do Direito de Defesa em Inquérito Administrativo, pag. 10

¹³⁶ David Duarte utiliza a expressão “procedimento administrativo como estrutura integratória de interesses”, Procedimentalização, Participação...pag. 101

papel de condutora do procedimento, atuando como “intermediadora dos interesses públicos” em concreto.

Nessa linha a doutrina brasileira especifica quatro espécies principais de procedimentos administrativos não-punitivos: a) procedimentos administrativos de gestão - exemplos: licitações, concursos público, concursos de acesso ou promoção; b) procedimentos administrativos de outorga - exemplos: licenciamento de atividades e exercício de direitos, licenciamento ambiental, registros de marcas e patentes, isenção condicionada de tributos; c) procedimentos administrativos de verificação ou determinação - exemplo: prestação de contas; d) procedimentos administrativos de revisão - exemplos: recursos administrativos, reclamações, impugnação de lançamento¹³⁷.

c) O Princípio do devido processo legal e a procedimentalização da atividade administrativa

Um ponto chave para a construção desse regime geral do procedimento administrativo não-punitivo reside na análise do princípio do devido processo legal, e na extensão dos limites de aplicação desse postulado à atividade administrativa, estabelecida pelo art. 5º, inciso LV da Constituição de 1988.

Ao estabelecer que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”, o inciso LV do art. 5º estabeleceu que as garantias do devido processo legal se configuram em três planos: a) no plano jurisdicional, no processo penal e não penal; b) no plano das acusações em geral, em que a garantia abrange as pessoas objetos de acusação, como é o caso dos procedimentos administrativos punitivos; c) no procedimento administrativo, sempre que haja litigantes¹³⁸.

A primeira conclusão aqui, portanto, é no sentido de extensão na aplicabilidade das garantias do devido processo legal aos tipos procedimentais não-punitivos¹³⁹. Essa conclusão carrega uma “nova concepção de processualidade no

¹³⁷ Por todos ver Odete Medauar. Direito Administrativo Moderno, pag. 171

¹³⁸ Nesse sentido ver Ada Pellegrini Grinover, Do Direito de Defesa em Inquérito Administrativo, pag. 10

¹³⁹ Nesse sentido é a lição de Ada Pellegrini: “ Assim, a Constituição não mais limita o contraditório e a ampla defesa aos processos administrativos (punitivos) em que haja acusados, mas estende as

âmbito da função administrativa, seja para transpor para a atuação administrativa os princípios do devido processo legal, seja para fixar imposições mínimas quanto ao modo de atuar da Administração”¹⁴⁰.

Esse avançar da aplicabilidade da cláusula do devido processo legal a terras ainda inexploradas (atuação administrativa não-punitiva), somado ao regime jurídico aberto e flexível do procedimento administrativo a nível federal no Brasil¹⁴¹, exige um novo enquadramento da disciplina do procedimento, face a tamanha transformação trazida por esses fatores.

No esforço dogmático de estabelecer os critérios básicos de construção do procedimento administrativo não-punitivo, seguindo a exegese constitucional, resta ainda delimitar as fronteiras desse avanço, em outras palavras, resta saber quando, no procedimento administrativo, existem “litigantes”, pois a literalidade da norma somente até aí assegurou o contraditório e a ampla defesa, “aos litigantes em processo administrativo”.

Nesse ponto, observa-se que a expressão *litigantes*, na disciplina do procedimento administrativo, ganha um significado diferente do que é conferido pela teoria geral do processo.

Portanto, explica Ada Pellegrini que no procedimento administrativo “litigantes existem sempre que, num procedimento qualquer, surja um conflito de interesses”¹⁴², não sendo necessária uma lide, uma pretensão resistida, para a qualificação dos envolvidos na relação procedimental como “*litigantes*”.

Portanto, haverá litígio sempre que houver “controvérsia”, uma disputa de interesses contrapostos¹⁴³. Isso equivale dizer que toda relação procedimental em que exista mais de um interesse a ser considerado existirá litigantes, e

garantias a todo os processos administrativos, não-punitivos e punitivos, ainda que neles não haja acusados, mas simplesmente litigantes. Do Direito de Defesa em Inquérito Administrativo, pag.11

¹⁴⁰ Nesse sentido ver Ada Pellegrini Grinover, Do Direito de Defesa em Inquérito Administrativo, pag. 11

¹⁴¹ Na exposição de motivos da Comissão de juristas que elaborou o projeto de lei votada no Congresso Nacional, Caio Tácito, presidente da comissão, descreveu essa abertura ao poder criativo como uma “flexibilidade necessária à área criativa do poder discricionário em medida compatível com a garantia de direitos e liberdades fundamentais”. in Revista de Direito Administrativo, vol. 205, 1996, pag. 350

¹⁴² Nesse sentido ver Ada Pellegrini Grinover, Do Direito de Defesa em Inquérito Administrativo, pag.13

¹⁴³ Como expressa Ada Pellegrini, para que haja litígio, e por conseguinte litigantes, “basta que os partícipes do processo administrativo se anteponham face a face, numa posição contraposta”. Do Direito de Defesa em Inquérito Administrativo, pag.13

consequentemente, estará configurado o âmbito de aplicação do devido processo legal, com todos os seus reflexos e garantias.

Noutras palavras, a obrigatoriedade de atuação mediante procedimento administrativo surge para a Administração Pública sempre que uma decisão administrativa for objeto de interesses contrapostos. Resta saber, portanto, em quais hipóteses de atuação administrativa se manifestam “interesses contrapostos”, para assim, se delimitar a extensão desse ônus de atuação mediante procedimento.

d) Âmbito de aplicação do procedimento administrativo no ordenamento jurídico brasileiro

Como já afirmado em linhas acima, a Lei nº 9.784/99, em seu artigo 9º, forneceu um modelo multilateral de relação procedimental, configurando uma ampla margem de legitimidade procedimental, a todos os que possam ter direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão em pauta.

Desse modo, conclui-se que sempre que os efeitos da decisão administrativa tiver um caráter meta-individual, e assim, atingir os direitos e interesses de mais de um indivíduo, haverá a possibilidade de existência de controvérsia, de litígio, e consequentemente da exigência de aplicação dos elementos básicos configuradores do princípio do devido processo legal através de uma conduta procedimentalizada.

Essa afirmação traz em si outra consequência lógica: sempre que estiver em pauta uma decisão administrativa que afete pelo menos um interesse individual, e por conseguinte, se configure a potencial ocorrência de uma multiplicidade de interesses (entre o interesse público titularizado pelo Estado e o interesse individual titularizado pela particular), haverá uma obrigatoriedade do poder público, especificamente da Administração Pública, atuar mediante o procedimento¹⁴⁴.

Da configuração do artigo 9º da Lei nº 9.784/99 e do inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal extrai-se, portanto, uma obrigatoriedade da Administração Pública atuar mediante o procedimento administrativo, quando houver conflitos de interesses, como pressuposto básico da aplicação do devido processo legal na atividade administrativa.

¹⁴⁴ Ver Odete Medauar. A Processualidade no Direito Administrativo, pag. 87

Na hipótese da existência, no procedimento administrativo, de dois interessados com posições jurídicas não convergentes, se concretiza a obrigatoriedade da aplicação dos desdobramentos do devido processo legal, se configurando, assim, a exigência de atuação através do procedimento administrativo.

Fácil conclusão, portanto, é a de que somente em casos muito raros a Administração Pública estará diante de uma decisão administrativa que somente reflita na esfera pessoal de direitos de um administrado, e explica-se.

Tomando-se como critério o reflexo jurídico da decisão administrativa na esfera de direitos dos sujeitos, pode-se diferenciar duas hipóteses distintas: *i)* decisões administrativas restritivas ou ablatórias, que são aquelas que visam restringir ou limitar direitos; *ii)* decisões administrativas ampliativas, que são as que reconhecem ou constituem um interesse ou um direito do administrado¹⁴⁵.

No primeiro caso, de um lado figura o particular, que atua na defesa de seus interesses individuais, e de outro, a Administração Pública, atuando na titularidade do interesse público. Nesta hipótese, é transparente a ocorrência de um conflito de interesses na relação jurídica estabelecida, sendo inescusável a atuação administrativa fora dos contornos de um procedimento, para que oportunize ao particular uma participação efetiva na defesa de suas posições.

Controverso, no entanto, é a obrigatoriedade do procedimento nas decisões ampliativas de direitos, referente às decisões que ampliam a esfera jurídica do administrado ou da própria administração.

Nessas hipóteses, a obrigatoriedade de atuação administrativa mediante procedimento deve surgir quando houver uma disputa excludente dos efeitos benéficos da decisão. Em outras palavras, surge o ônus de conduta procedimental para a Administração Pública, sempre que interessados “litiguem” sobre os efeitos ampliativos da manifestação administrativa.

Por fim, importa aqui ressaltar que existe uma condição essencial para que a posição de interessado procedimental seja exercida, que é a ciência ou o conhecimento prévio do legitimado sobre a matéria em que se incorrerá a decisão administrativa. Ou seja, a efetiva composição de uma relação procedimental “justa”

¹⁴⁵ Cfr Dirley da Cunha Júnior, Curso de Direito Administrativo. 9ª ed, Salvador: Juspodivm, 2010, pag. 622

depende primariamente da publicidade do conteúdo do objeto sobre o qual ocorrerá a decisão, tema que se abordará no capítulo IV, *supra*.

II - A Participação Administrativa (Procedimental)

1 - Histórico da participação

O fenômeno da participação surgiu com grande força a partir da década de 1970, sendo um dos componentes essenciais de um novo formato de organização democrática do Estado, a Democracia participativa. Essa nova ideologia democrática, surge como alternativa para compensar a crise de legitimidade da democracia representativa¹⁴⁶.

No curso dessa tendência, diversos textos constitucionais incorporaram a vertente participativa em seus textos, e institucionalizaram-se como democracias participativas. A Constituição da República Portuguesa de 1976, em seu artigo 2º dispõe expressamente que é objetivo do Estado o aprofundamento da democracia participativa¹⁴⁷. A Constituição espanhola de 1978, também insere a participação como encargo dos poderes públicos, em seu artigo 9º, nº 2¹⁴⁸.

A Constituição da República Federativa do Brasil inseriu a participação no parágrafo único do artigo 1º¹⁴⁹, como também elencou três instrumentos participatórios: o plebiscito, referendo e a iniciativa popular¹⁵⁰.

¹⁴⁶ Para Chevallier a crise de representação “mostra que essa concepção está ultrapassada: reputa-se que a lógica democrática implica doravante uma presença muito mais ativa do cidadão nos mecanismos políticos, por meio da extensão da democracia semidireta, assim como o surgimento de novas possibilidades de intervenção na tomada das decisões e no funcionamento do aparelho do Estado”, em Jacques Chevallier, O Estado Pós-moderno, trad. Marçal Justen Filho, Forum editora, Belo Horizonte, 2009, pag. 228-229

¹⁴⁷ Constituição da República Portuguesa, Artigo 2.º: Estado de direito democrático
A República Portuguesa é um Estado de direito democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais e na separação e interdependência de poderes, visando a realização da democracia económica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa.

¹⁴⁸ Constituição espanhola de 1978, Artigo 9º, nº 2: Artículo 9, 2. Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

¹⁴⁹ Constituição da República Federativa do Brasil, Artigo 1º, Parágrafo Único: Art. 1º(...) Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

¹⁵⁰ Constituição da República Federativa do Brasil, Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

- I - plebiscito;
- II - referendo;
- III - iniciativa popular.

Especificamente numa perspectiva administrativista, a participação chegou a ser considerada uma solução para todos os males da Administração¹⁵¹, num movimento que ficou conhecido pela expressão *Partizipationseuphorie*¹⁵², em referência a euforia participativa que dominou a temática jurídica por certo tempo.

O alargado conteúdo do termo¹⁵³ e a carência de desenvolvimento de mecanismos operativos da participação administrativa, fizeram com que essa “ideologia participativa” entrasse em decadência, numa verdadeira “crise da participação administrativa”, como observou Alfonso Pérez Moreno¹⁵⁴.

Numa perspectiva mais otimista, o fenómeno participativo parece ter ganho uma nova vida na doutrina administrativista, e isso por dois motivos principais: a) a consolidação do procedimento como centro da dogmática jusadministrativa nesse início de século; b) o surgimento de novas tecnologias da informação e comunicação que fazem ressurgir um ideal participativo mais operativo¹⁵⁵.

¹⁵¹ Cfr Patrícia Baptista, *Transformações do Direito Administrativo*, pag. 138

¹⁵² Nas lições de García de Enterría e Fernandez, “Para el tema de la participación ciudadana en la Administración(...) existe hoy una especial sensibilidad; “participación es una gran entelequia social y política de nuestro tiempo; hay una verdadera *Partizipationseuphorie*, ha dicho Schmitt-Glaeser, una ideologia de la participación”, Ver Eduardo Garcia de Enterría e Tomas-Ramon Fernandez, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, Tercera Edicion, Civitas, Madrid, 1991, pag. 83

¹⁵³ Sobre a ambiguidade do princípio da participação assevera Santamaria Pastor: “(...) el principal problema del llamado principio de participación radica en la absoluta ambigüedad de su contenido, en el cabe todo o casi todo(..)”, *Principios de Derecho Administrativo*, 3 ed. Madrid: CEURA, 2000, vol. I, pag. 119

¹⁵⁴ Sobre o tema Alfonso Moreno explica: “Quizàs las excesivas ilusiones puestas en la idea, su utilización como alternativa hipertrofiada en la crítica a los déficit de la democracia real y su manipulación en función de los movimientos pendulares de las ideologías antes y después de la conquista del poder: estén determinado el eclipse de la filosofía participativa”. *Crisis de la Participación Administrativa*, in *Actualidade y Perspectivas del Derecho Publico a Fines del Siglo XX: Homenage al Professor Garrido Falla*, Madrid: Complutense, 1992, vol. I, pag. 302

¹⁵⁵ Nesse sentido, discorrendo sobre o processo de adaptação que vem passando o modelo democrático liberal, Jacques Chevallier afirma que uma das principais tendências é o enfraquecimento dos dispositivos tradicionais de mediação entre governantes e governados e sua compensação pela explosão das tecnologias da informação e da comunicação, que modifica o sentido da relação de poder, ver *O Estado Pós-moderno*, pag. 200-201

2 - Conceito de participação administrativa

A noção mais básica do vocábulo *participação* nos remete a tomar parte, a intervir, a fazer parte de um processo decisório¹⁵⁶. Considerando que, atualmente, vivemos numa organização social, dentro das estruturas de um Estado, a participação do indivíduo na sociedade se reveste de maior relevância nas decisões de caráter público.

Na linha desse conceito amplo, Moreira Neto afirma que a participação é uma “expressão da liberdade fundamental do homem em sociedade”, existindo, no sentido juspolítico, “sempre que seja reconhecida pela ordem jurídica a possibilidade de atuação, mais ou menos formal, de indivíduos ou de grupos, na ação do Estado”¹⁵⁷.

O próprio conceito de direito político remonta a noção de participação, pois como afirma Kelsen, “direitos políticos são as possibilidades abertas ao cidadão de participar do governo, da formação da vontade geral”¹⁵⁸.

Dentro dessa ideia genérica, qualquer relação que se equacione entre uma decisão e uma intervenção, reconduz a noção de participação¹⁵⁹. Por conseguinte, considerando a Constituição como a expressão maior do pacto social, e como centro axiológico e organizador do Estado, seria dizer, em outras palavras, que toda decisão de um Estado Constitucional teria a participação de todos os cidadãos que dele fazem parte¹⁶⁰.

Noutra perspectiva, não é difícil concluir que esse conceito amplo de participação se mostra pouco operativo e retórico, sendo necessário um conceito mais preciso do fenômeno da participação.

Participação, num conceito mais estrito e preciso, “significa não só intervir num processo de decisão, mas também fazê-lo na qualidade específica de quem

¹⁵⁶ Nesse sentido ver Conceito amplo de participação ver David Duarte, Procedimentalização, Participação.. pag. 110 pag. 110, e Sanchez Moron, La Participacion del ciudadano en la Administracion Publica, pag. 103

¹⁵⁷ Diogo Figueiredo Moreira Neto, Audiências Públicas, in Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, num. 210, out/dez 1997, pag. 13

¹⁵⁸ Hans Kelsen, Teoria Geral do Direito e do Estado, 2º ed, Martins Fontes, São Paulo, 2006, pag. 91

¹⁵⁹ David Duarte, Procedimentalização, Participação.. pag. 110

¹⁶⁰ Essa afirmação não deixa de ter seu conteúdo de verdade, mas assumir essa afirmativa como verdadeira seria desconsiderar toda a crise de representatividade e de legitimidade que atinge os Estados que adotaram a forma representativa de governo.

introduz ou incorpora novos interesses no âmbito da estrutura decisória estabelecida”¹⁶¹.

O Estado, por sua vez, atua no exercício de funções constitucionalmente determinadas, correlacionando-se a cada função estatal um tipo específico de participação. Nessa linha, na esteira da Teoria das Funções do Estado, distingue-se três principais tipos de participação, que correspondem às três principais funções do Estado: participação administrativa, participação legislativa e participação judiciária¹⁶².

Nesse sentido, de pronto, resolve-se uma questão central no desenrolar do presente trabalho, que é saber o critério que distingue a participação política da participação administrativa. Como afirmado acima, a participação somente pode ser qualificada como administrativa enquanto intervenção dentro dos domínios da função administrativa do Estado¹⁶³.

Por conseguinte, os critérios de distinção material das funções estatais servem de referência para saber quando se está diante da participação de caráter político ou quando se está diante da participação propriamente administrativa. Noutras palavras, quando se refere a participação administrativa deve-se entender todos os mecanismos participatórios correlativos à materialidade específica da função administrativa do Estado¹⁶⁴.

¹⁶¹ David Duarte, Procedimentalização, Participação.. pag. 110

¹⁶² Essa categorização da participação tem como base o raciocínio de Diogo Figueiredo Moreira Neto, na obra Direito da Participação Política, Legislativa, Administrativa e Judicial, Rio de Janeiro, ed. Renovar, 1992, pags. 56 e ss.

¹⁶³ A função administrativa do Estado pode ser caracterizada, numa proposição negativa, por exclusão, em toda aquela que não se destine à edição de regra geral nem produza uma decisão jurisdicional, em sentido formal. Numa perspectiva positiva, entende-se por função administrativa as atividades administrativas que atendem a necessidades de planejamento, decisão, execução e controle destinadas à gestão de interesses públicos, especificamente entendidos como os especificamente cometidos pela ordem jurídica à administração do Estado. Para mais desenvolvimentos ver Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Curso de Direito Administrativo, pag. 21. No mesmo sentido, nas palavras de Lúcia Valle Figueiredo, “A função administrativa consiste no dever de o Estado ou de quem aja em seu nome, dar cumprimento fiel, no caso concreto, aos comandos normativos, de maneira geral ou individual, para realização dos fins públicos, sob regime prevalente de direito público, por meio de atos e comportamentos controláveis internamente bem como externamente pelo Legislativo (com auxílio dos Tribunais de Contas), atos, estes revisíveis pelo Judiciário.” Lúcia Valle Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 6ªed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 34

¹⁶⁴ Sobre o tema, Sanchez Morón afirma que: “Participación administrativa en el sentido mas genérico posible significa etimologicamente tomar parte en la elaboración de las decisiones formalizadas como funciones administrativas”, La Participacion del Ciudadano en la Administracion Publica, pag. 103, Nesse sentido ver David Duarte, Procedimentalização, Participação.. pag. 113;

Já superados esses obstáculos iniciais, pode-se avançar numa conceituação de participação administrativa como toda intervenção no processo de decisão em que se introduz novos interesses na estrutura decisória previamente estabelecida, desenvolvida dentro da função administrativa do Estado.

3 - Espécies de participação administrativa

São várias as formas de classificação da participação administrativa, não havendo uma uniformidade de tratamento por parte da doutrina, que, a depender da corrente ideológica adotada, utiliza diferentes critérios, e, por conseguinte, chega a diferentes categorias de possibilidades participativas.

Essa fragmentação metodológica na abordagem da participação é fruto tanto do atraso na experimentação de métodos jurídicos mais flexíveis que o clássico método “lógico-jurídico”, como pela utilização ideológica das novas técnicas e os diversos enfoques dado ao tema¹⁶⁵.

De todo modo, para os fins a que se pretende o presente trabalho, será feita uma breve análise dos principais tipos de participação na Administração Pública, num esforço metodológico de clarificar os conceitos jurídicos e delimitar, positivamente e negativamente, o objeto de estudo, evitando, assim, possíveis confusões terminológicas ao longo do texto.

Num sentido genérico de participação, são vários os meios que os particulares colaboram com a Administração Pública, e as diversas categorizações participativas variam conforme o critério diferenciador utilizado.

Numa acepção genérica de participação administrativa, Di Pietro elenca¹⁶⁶ uma série de modalidades de participação, como a concessão de serviços públicos, a requisição de serviços, a delegação de exercício de função pública etc.

¹⁶⁵ Sanchez Morón sobre o tema: “Sin embargo, hoy en día las posiciones metodológicas de la doctrina sobre el tema de la participación son muy variadas, tanto por el retraso en la sociologización del método jurídico (y la correspondiente persistencia del método lógico-formal) como por el diverso enfoque y utilización ideológica de las nuevas técnicas”, La Participación del Ciudadano en la Administración Pública, pag. 100

¹⁶⁶ Além da concessão serviços públicos Di Pietro elenca várias formas de colaboração do particular com a atividade administrativa: “(...) contratos de locação de serviços ou de obras públicas; a requisição de serviços, como se verifica no caso dos jurados, dos que prestem serviço militar, dos que são convocados para trabalhar nas eleições; a delegação a titulares de certas profissões, como os intérpretes oficiais, os tradutores públicos, os leiloeiros, os comissários de menores; os convênios pelos quais o poder público se associa ao particular para a prestação de serviços de interesse comum, a exemplo do que se dá, no direito brasileiro, especialmente na área social (educação,

De maneira mais criteriosa, pode-se distinguir quatro critérios básicos na categorização do fenômeno participativo no âmbito da Administração:

- a) Quanto a posição do participante e da sua relação com a Administração Pública. Aqui pode-se dividir a participação administrativa em interna, externa e interorgânica. Participação interna ou orgânica ocorre quando o sujeito ativo do processo participativo encontra-se dentro dos quadros orgânicos ou estruturais da Administração¹⁶⁷. A participação externa é aquela em que o participante não se encontra dentro da organização administrativa. A participação interorgânica refere-se a relação entre diferentes unidades administrativas¹⁶⁸.
- b) Quanto aos efeitos jurídicos da participação. Nesse âmbito de categorização pode-se distinguir dois tipos básicos, a participação administrativa co-constitutiva, que ocorre quando a participação do particular tem um papel gerador da constituição, modificação ou extinção de uma situação jurídica-administrativa. Já a participação dialógica refere-se a participação que tem um efeito na aquisição, valoração, ponderação e qualificação jurídica de fatos e interesses de onde resultará a decisão, mas não possui um papel formador necessariamente determinante na formação do conteúdo da decisão¹⁶⁹.
- c) Quanto ao tipo de interesse defendido na relação participatória. Neste âmbito, a doutrina classifica como participação *uti singulus*, quando o particular atua na defesa de um interesse ou direito subjetivo próprio, um interesse individual. A participação *uti cives* ocorre quando o particular atua em defesa de um interesse

saúde, assistência social, cultura); os particulares que, em decorrência de sua própria profissão, desempenham serviços delegados pelo poder público, como é o caso dos notários, dos comandantes de navio (que exercem poder de polícia e praticam atos referentes ao estado civil), dos padres (que celebram casamentos com efeitos civis; há, ainda, os particulares que, espontaneamente, prestam serviços públicos sem qualquer título específico ou genérico, substituindo-se à Administração em casos de urgente necessidade." Pag. 29, Participação Popular na Administração Pública, in Revista de Direito Administrativo, num.191, jan/mar 1993

¹⁶⁷ Nesse sentido ver Sanchez Morón, La Participacion del Ciudadano en la Administración Publica, pag. 103-104;

¹⁶⁸ Nesse sentido é a classificação realizada por Sanchez Morón, La Participacion del Ciudadano en la Administracion Publica, pag. 103-104, e David Duarte, Procedimentalização, Participação.. pag. 115

¹⁶⁹ Ver Sérvulo Correia, Direito à informação e os direitos de participação dos particulares no procedimento, e em especial, na formação da decisão administrativa, in Estudos sobre o Procedimento Administrativo, Instituto Nacional de Administração, num. 9/10, Janeiro/Junho de 1994, pag. 147

metaindividual, de caráter coletivo ou difuso proveniente da sua condição de cidadão, de integrante da comunidade¹⁷⁰.

- d) Quanto à existência, ou não, de intermediários entre os participantes e o agente administrativo competente pela decisão. Nesse sentido é a categorização de Di Pietro, que dividiu a participação em dois grupos, a participação direta, como são exemplos o direito de ser ouvido e a enquete, e a participação indireta, como a participação em órgãos de consulta ou decisão, ou a participação por meio do ombudsman¹⁷¹.

Considerando os limites do conceito de participação administrativa aqui adotado, já expresso em linhas acima, e considerando essa diversidade de critérios e classificações da participação administrativa, observa-se que a distinção com base no critério da posição do sujeito participante e de sua relação com a Administração Pública tem um efeito operativo significativo.

Nesse sentido, observa-se que a classificação tripartite desenvolvida por David Duarte, com base nas lições de Onorato Sepe, que divide a participação administrativa em interna, externa e interorgânica, pode servir de linha orientadora na busca de um modelo operativo de participação administrativa no ordenamento jurídico brasileiro¹⁷².

Partindo dessa categorização, pode-se dizer que a participação administrativa externa é a que oferece as maiores possibilidades de desenvolvimento de meios participatórios, e aqui se destacam dois tipos específicos de participação externa que ganham relevância no contexto do presente estudo: a participação enquanto defesa de uma posição jurídica e a participação que projeta no meio decisório interesses da comunidade ou de um segmento de interesses setoriais em que se insere¹⁷³. Dentro dos termos deste dois tipos de participação

¹⁷⁰ Por todos ver Garcia de Enterría y Ramon Fernandez, Curso de Derecho Administrativo, vol-II, pag. 83

¹⁷¹ Cfr Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Participação Popular na Administração Pública, pag. 134

¹⁷² Para mais desenvolvimentos ver David Duarte, Procedimentalização, Participação.. pag. 115 e ss

¹⁷³ David Duarte trata desses dois tipos de participação externa dentro do escopo procedimental(denominando-as: defesa procedimental e participação procedimental stricto sensu) considerando a maturidade atingida pela disciplina da procedimentalização no ordenamento jurídico português. Quanto ao contexto brasileiro, especificamente nesta altura do estudo, prefere-se tratar de forma genérica e superficial desses tipos, e posteriormente analisá-los com mais profundidade dentro da noção procedimental.

externa é que será desenvolvida uma alternativa de operacionalizar a participação administrativa nas linhas seguintes.

Quanto à delimitação negativa do objeto de estudo, ficam excluídas do conceito de participação administrativa aqui tratado: *i)* o exercício privado de funções públicas, como ocorre na concessão de serviço público¹⁷⁴; *ii)* a participação externa de tipo orgânica, que ocorre quando um particular, na defesa do interesse difuso ou coletivo, integra a composição de um órgão com competência decisória¹⁷⁵; *iii)* a participação pericial, que ocorre quando o particular atua com o objetivo de prestar uma colaboração de natureza técnica.

4 - A opção constitucional pela participação administrativa

A Constituição de um Estado é o instrumento jurídico-político que estabelece seus princípios básicos estruturantes e expressa suas opções políticas mais basilares, que refletirão em toda a organização do Estado.

Os Estados que se fundaram sob o império da Lei, se caracterizando como Estado de Direito, e que se configuraram na sua forma democrática de governo - Estado Democrático de Direito - possuem como pressuposto que o fundamento de todas as decisões estatais tenham como base de legitimação a vontade do povo, que se expressa em todas as esferas estatais¹⁷⁶.

Do ponto de vista político, na sua forma mais básica, a característica democrática se materializa na realização de eleições periódicas dos seus representantes.

No entanto, com a crise democrática proveniente da insuficiência do sistema representativo em oferecer respostas eficientes aos problemas sociais e políticos, a participação dos cidadãos na formação das decisões do Estado já é uma das

¹⁷⁴ Cfr Sanchez Morón, La Participacion del Ciudadano en la Administración Publica, pag. 105

¹⁷⁵ Sobre a participação externa de tipo orgânica ver David Duarte, Procedimentalização, Participação.. pag. 117

¹⁷⁶ Sobre o tema leciona Marçal Justen Filho: “Um Estado Democrático de Direito exige que o exercício das competências estatais, inclusive, de natureza administrativa, seja feito com obediência à soberania popular. (...) soberania popular e democracia não se reduzem a mera temporariedade e da eletividade dos mandatos. Ela permeia toda a organização estatal e se traduz em garantias diversas”. Curso de Direito Administrativo, pag. 117

exigências do atual estágio democrático, configurando-se o que se chama de Democracia Participativa¹⁷⁷.

O movimento de “democratização da democracia”¹⁷⁸ tem na participação o seu principal instrumento consolidador, buscando uma ampliação da participação dos cidadãos em todos os processos decisórios do Estado.

As Constituições do Brasil e de Portugal, influenciadas pelos ventos participativos da segunda metade do Século XX, consolidaram a opção constitucional pelo desenvolvimento da Democracia Participativa.

São vários os dispositivos que adotam a vertente participativa, devendo seus comandos serem espalhados e efetivados com a máxima efetividade possível^{179 180}.

¹⁷⁷ O próprio conceito de democracia guarda uma relação intrínseca com a noção de participação, nas lições de Paulo Bonavides: “Democracia, ao nosso ver, é processo de participação dos governados na formação da vontade governativa; participação que se alarga e dilata na direção certa de um fim todavia inatingível: a identidade de governantes e governados”, em Teoria Constitucional da Democracia Participativa: Por um Direito Constitucional de luta e resistência. Por uma Nova Hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade. 3 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, pag. 57

¹⁷⁸ A expressão é utilizada por Canotilho, que explica: “Democratizar a democracia através da participação significa, em termos gerais, intensificar a otimização das participações dos homens nos processos de decisão”. Direito Constitucional, 5º ed, Almedina, 1992, pag. 413

¹⁷⁹ São exemplos de dispositivos constitucionais relativos à participação na Constituição da República Federativa do Brasil:

CRFB - art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:

XII - cooperação das associações representativas no planejamento municipal;

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.

Saúde - Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

III - participação da comunidade

Assistência social - Art. 204. As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes:

II - participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.

Educação - Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

VI - gestão democrática do ensino público, na forma da lei;

O que Valle chama de “inequívoca opção”¹⁸¹ do Estado Brasileiro pela participação popular”, face a infinidade de institutos jurídicos relativos à participação elencados no Texto Fundamental.

Já no seu artigo primeiro, Parágrafo Único, a Carta Magna de 1988 expressa a complementariedade entre a Democracia Indireta (representativa) e a Democracia Direta, ao afirmar que o poder é exercido por meio de representantes ou de forma direta, o que revela o alinhamento constitucional ao que Boaventura de Souza Santos chama de teoria da complementariedade¹⁸², em que formas de deliberação direta se somam as tradicionais formas representativas de exercício do poder.

Patrimônio Histórico -Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

§ 1º O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

¹⁸⁰ São exemplos de dispositivos constitucionais relativos à participação na Constituição da República Portuguesa:

CRP

Artigo 9.º - São tarefas fundamentais do Estado:

c) Defender a democracia política, assegurar e incentivar a participação democrática dos cidadãos na resolução dos problemas nacionais;

Artigo 56.º -Direitos das associações sindicais e contratação colectiva

2. Constituem direitos das associações sindicais: a) Participar na elaboração da legislação do trabalho;

b) Participar na gestão das instituições de segurança social e outras organizações que visem satisfazer os interesses dos trabalhadores;

Artigo 77.º - Participação democrática no ensino

1. Os professores e alunos têm o direito de participar na gestão democrática das escolas, nos termos da lei.

Artigo 263.º - Constituição e área

1. A fim de intensificar a participação das populações na vida administrativa local podem ser constituídas organizações de moradores residentes em área inferior à da respectiva freguesia.

¹⁸¹ Cfr Vanice Regina Lírio do Valle, Controle Social: Promovendo a aproximação entre Administração Pública e a Cidadania, in Prêmio Serzedello Correa 2001: Monografias Vencedoras: Perspectivas para o Controle Social e a Transparência da Administração Pública, Tribunal de Contas da União, Brasília: TCU, Instituto Serzedello Correa, 2002., pag. 77

¹⁸² Boaventura de Sousa propõe duas possíveis soluções para o problema democrático, ou mais especificamente para o problema da compatibilização entre a democracia representativa e a democracia participativa: a) Uma possível solução seria a coexistência entre as duas democracias, ficando a representação a nível nacional e a participativa a nível local; 2) A outra solução seria o ele chama de complementariedade, que inclui processos de deliberação pública, “ associar o processo de democracia (...) a complementariedade, implica uma decisão da sociedade política de ampliar a participação em nível local através de transferência ou devolução para formas participativas de deliberação de prerrogativas decisórias a princípio detida pelos governantes”. Para mais desenvolvimentos ver Boaventura de Sousa Santos e Leonardo Avritzer. Introdução: para ampliar o cânone democrático, in Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa, Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 2002, p. 76

Essa tendência participatória espalhou-se não somente no campo político do Estado, a atividade administrativa também é influenciada profundamente por esse movimento, sendo a inserção da participação no âmbito da função administrativa, considerado como um dos principais fatores de transformação do modelo de Estado¹⁸³.

O contexto de mudança de eixo na relação entre o Estado e a Sociedade, e consequentemente entre a Administração e o administrado, iniciado após a Segunda Guerra Mundial, gerou uma demanda de abertura dos espaços de interação entre esses dois sujeitos, favorecendo o desenvolvimento da participação como uma nova fórmula de ação pública¹⁸⁴.

Numa outra perspectiva, o próprio princípio da participação fundamenta uma “reformulação do agir público”¹⁸⁵, numa superação da natureza impositiva e exclusivamente unilateral das decisões públicas, que faz com que o Estado assuma um papel de “mediador dos interesses” na procura por um consenso decisório.

A própria função típica da Administração Pública toma novos rumos, sendo concebida agora como uma função de gestão da relação entre o Estado e a Sociedade, atuando como “interface” entre esses dois sujeitos, recebendo os influxos da sociedade, decodificando-os e oferecendo respostas aptas à satisfação das necessidades que surgem no cenário social.¹⁸⁶

Nessa linha, nas lições de Odete Medauar, pode-se dizer que a participação administrativa impõe quatro principais reflexos para a atuação administrativa: i) identificação do interesse público de modo compartilhado com a população; ii) decréscimo da discricionariedade; iii) atenuação da unilateralidade na formação dos atos administrativos; iv) práticas contratuais baseadas no consenso, negociação e conciliação dos interesses.¹⁸⁷

¹⁸³ Medauar, dissertando sobre a transformação e modernização do Estado e da Administração Pública, fala em controle de gestão e incentivo a participação dos cidadão, isolados ou associados, na tomada de decisões como os dois principais fatores de transformação do Estado. Odete Medauar, O Direito Administrativo em evolução. 2 ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, pag. 133-134.

¹⁸⁴ Para compreender o contexto jurídico da formação da teorias da participação no momento posterior a Segunda Guerra Mundial ver Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Direito da Participação Política, Legislativa, Administrativa e Judicial, pag. 15 e ss.

¹⁸⁵ ver David Duarte, Procedimentalização, Participação.. pag. 112

¹⁸⁶ Cfr Gustavo Henrique Justino de Oliveira, Participação Administrativa, in Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado. Num 3, Setembro/Outubro/Novembro de 2005

¹⁸⁷ Cfr Odete Medauar, O Direito Administrativo em evolução, pag. 230.

5 - A Participação Administrativa na Constituição da República Portuguesa de 1976

A Constituição da República Portuguesa de 1976, no seu artigo n. 268º, relativo aos direitos e garantias dos administrados, não elencou expressamente o direito à participação administrativa como um direito constitucional.

Apesar disso, o artigo n. 267º/5¹⁸⁸, determinou uma imposição legiferante de criação do diploma procedimental e estabeleceu que esse diploma deve assegurar a participação dos cidadãos na formação das decisões ou deliberações que lhes disserem respeito.

Dentro desse parâmetro, a discussão em relação à participação administrativa em Portugal conflui para o debate de uma participação dentro do campo temático procedimental, sem perder de vista a necessidade de autonomização de planos entre a participação e o procedimento administrativo¹⁸⁹.

Inserida nos quadros do procedimento, a participação administrativa revela uma maior operatividade e densifica alguns dos seus principais objetivos. Nesse sentido, David Duarte afirma haver três domínios de realização das funções da participação administrativa inserida no procedimento: i) domínio de realização do princípio democrático, através da racionalização das decisões através da obtenção de informação e controle da ação administrativa pela abertura e transparência da conduta administrativa; ii) domínio do princípio do Estado de Direito, através da previsibilidade pelo particular do conteúdo da decisão e a possibilidade de intervenção e defesa em tempo útil; iii) domínio do princípio do Estado Social, através da determinação de indivíduos ou grupos na realização decisória do bem da comunidade¹⁹⁰.

Portanto, desde logo, percebe-se que essa delimitação da disciplina da participação ao âmbito do procedimento traz uma grande vantagem operativa à densificação do princípio da participação administrativa, favorecendo seu desenvolvimento dogmático e otimizando seus mandamentos.

¹⁸⁸ CRP, Artigo 267 - Estrutura da Administração

5. O processamento da actividade administrativa será objecto de lei especial, que assegurará a racionalização dos meios a utilizar pelos serviços e a participação dos cidadãos na formação das decisões ou deliberações que lhes disserem respeito.

¹⁸⁹ Conforme explica David Duarte, Procedimentalização, Participação..., pag. 164, nota 189

¹⁹⁰ Cfr David Duarte, Procedimentalização, Participação..., pag. 165-166

Dentro dessa perspectiva de participação procedimental, abre-se um amplo campo de debate doutrinário e jurisprudencial sobre as formas de participação do particular nas decisões administrativas que lhe causem algum efeito. A primeira grande questão a se insurgir é sobre a fundamentalidade do direito à participação procedimental no ordenamento jurídico português.

Quanto a análise da posição jurisprudencial, os acórdãos do Tribunal Constitucional e o Supremo Tribunal Administrativo revelam existir pelo menos três posições distintas quanto a interpretação do artigo nº5 do artigo 267 da Constituição da República Portuguesa.

A primeira posição jurisprudencial quanto à interpretação do dispositivo acima mencionado, que pode ser chamada de posição conservadora, entende que a discussão sobre a fundamentalidade do direito de participação procedimental não tem grande relevância para os efeitos jurídicos conferidos ao dispositivo, e o considera como um princípio meramente objetivo, contendo uma injunção legiferante.

São exemplos dessa posição os Acórdãos n. 499/2009, de 30/09/2009 e n. 382/10 de 12/10/2010 do Tribunal Constitucional Português, que na decisão reconheceram a fundamentalidade do direito de audiência e defesa consagrado no artigo n. 269º, nº 3 da CRP, e resultante da generalidade dos procedimentos administrativos sancionatórios do nº 10 do artigo 32º da Constituição da República Portuguesa.

Uma segunda posição advoga que o artigo 267º/5 encerra, através de uma imposição legiferante, uma garantia institucional e não como um direito fundamental. Garantia institucional é uma construção desenvolvida pela doutrina alemã, que sustenta que existem normas constitucionais que possuem uma proteção especial contra a ação erosiva do legislador, mas de outro modo, não geram um direito subjetivo fundamental¹⁹¹.

Em comentário sobre tal posicionamento, Sérvulo Correia afirma que não se trata de uma questão alternativa “mutuamente excludente” entre direito fundamental e garantia institucional, mas de uma dúvida se no mesmo dispositivo encontra-se

¹⁹¹ Sobre o desenvolvimento do conceito de garantias institucionais ver Ingo Sarlet, A Eficácia dos Direitos Fundamentais, pag. 148

uma norma digna de ser considerada um direito fundamental e uma garantia institucional simultaneamente¹⁹².

Uma terceira posição avança no sentido de admitir a fundamentalidade do direito de participação procedimental, no entanto, somente quando a participação figure como instrumento de defesa de direitos fundamentais substantivos. Trata-se de uma fundamentalidade da participação como mero reflexo da fundamentalidade do direito substantivo dominante¹⁹³. É exemplo desse último entendimento o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, 1º Secção, de 22 de Janeiro de 2004, Processo 0429/02.

A instrumentalidade do direito de participação procedimental, na sua função de proteção de outros direitos fundamentais, pode ser considerada como a própria negação da autonomia desse direito enquanto direito subjetivo. Desse modo, as garantias procedimentais seriam derivadas do “feixe de posições subjetivas ativas que somam no todo do direito fundamental material”¹⁹⁴, e não do próprio direito à participação procedimental.

Quanto ao entendimento doutrinário do tema, existe uma controvérsia entre os que consideram a participação administrativa procedimental um direito fundamental e os que o negam. Entre os defensores da fundamentalidade estão Sérvulo Correia, Vasco Pereira da Silva, Marcelo Rebelo de Sousa e David Duarte, entre os que negam tal qualificação estão Freitas do Amaral, Pedro Machete e Cândido Pinho¹⁹⁵.

Sem adentrar na análise de todos os fundamentos jurídicos que sustentam ambas as posições, observa-se que a consideração da norma de participação procedimental como direito fundamental (análogo aos direitos, liberdades e garantias) é uma exigência do atual estágio do Estado (Social) Democrático de Direito, com a única ressalva de que, no ordenamento português, essa fundamentalidade foi estabelecida por um dispositivo constitucional que não possui exequibilidade por si próprio, portanto, sua aplicabilidade fica condicionada ao

¹⁹² Cfr J. M. Sérvulo Correia, Procedimento Equitativo e Direito de Participação Procedimental, in Estudos de Homenagem ao Prof. Dr Jorge Miranda, vol IV, Coimbra Editores, 2012, pag. 421

¹⁹³ Cfr J. M. Sérvulo Correia, Procedimento Equitativo e Direito de Participação Procedimental, pag. 421

¹⁹⁴ Cfr J. M. Sérvulo Correia, Procedimento Equitativo e Direito de Participação Procedimental, pag. 422

¹⁹⁵ Nesse sentido ver J. M. Sérvulo Correia, Procedimento Equitativo e Direito de Participação Procedimental, pag. 420, nota 12;

cumprimento de uma imposição legiferante, sem desconhecer o conteúdo mínimo de determinabilidade desse direito¹⁹⁶.

Avançando nesse sentido, é possível abordar a participação procedimental sob duas concepções globais: uma de matriz objetivista, que tem como foco a intervenção dos privados do ponto de vista da Administração, enquanto mecanismo propício a inserir um componente informativo, destinado concretizar as finalidade do princípio da eficiência administrativa e de abertura democrática da atividade administrativa; e uma outra matriz subjetivista, que concebe a intervenção dos privados como um instrumento defesa das suas posições jurídicas¹⁹⁷.

Para Rui Machete a consideração do aspecto objetivo da participação procedimental pode ser concebida como uma verdadeira “inovação doutrinária”, pois a intervenção do privado tem antes de tudo, um papel propulsivo e criador “ao dar relevância e significado, na fase instrutória, à interesses que até aí permaneciam ocultos ou despercebidos”¹⁹⁸.

Esse novo significado da participação no procedimento, estaria de acordo com a própria evolução da Administração, “que vai pouco a pouco abandonando a sua feição exclusiva de poder, para passar a ser uma organização prossequindo interesses econômicos e sociais e de Justiça”¹⁹⁹. Desse modo, esse instrumento teria a função de “corrigir as lacunas conaturais à organização administrativa, não apenas na perspectiva do contraditório, mas num momento logicamente precedente, quando é decidido o círculo dos interesses a considerar”²⁰⁰.

Na defesa da perspectiva subjetivista, Canotilho considera que uma visão moderna do procedimento administrativo é a revalorização da sua dimensão subjetiva, designadamente sua função de garantia dos direitos fundamentais. Seguindo uma linha evolutiva do Estado, com base na doutrina alemã, o Autor separa dois momentos de progressiva abertura do procedimento em relação aos direitos fundamentais.

¹⁹⁶ Nesse sentido é a posição de David Duarte, Procedimentalização, Participação..pag. 143-146 e Vasco Pereira da Silva, Em Busca do Acto Administrativo Perdido, pag. 424

¹⁹⁷ Por todos ver Vasco Pereira da Silva, Em Busca do Acto Administrativo Perdido, pag. 404 e J.M. Sérvulo Correia, O Direito à informação e os direitos de participação dos particulares no procedimento e, em especial, na formação da decisão administrativa, pag. 134

¹⁹⁸ Cfr Rui Machete, Introdução, in Código de Procedimento Administrativo e Legislação Complementar, Editorial Notícias, 1992, pag. 10

¹⁹⁹ Cfr Rui Machete, Introdução, Os Princípios Gerais do Código de Procedimento Administrativo, pag. 46

²⁰⁰ Cfr Rui Machete, Introdução, in Código de Procedimento Administrativo e Legislação Complementar, pag. 405

A primeira fase ocorreu na década de 70 e significou a leitura dos direitos fundamentais numa perspectiva otimista, democraticamente dinamizada e socialmente enraizada. Uma outra fase, na década seguinte, a participação no procedimento passa a ser vista de uma perspectiva ainda mais “vincadamente subjetivista, como uma projeção dos direitos fundamentais”²⁰¹.

Nessa primeira fase, houve uma defesa da ideia de que o Estado Social faz surgir uma nova relação jurídica, que é caracterizada pelo desenvolvimento da teoria do “*status activus processualis*”, que significava, segundo seu criador, Peter Haberle, “a liberdade dos direitos fundamentais traduzida para o direito do procedimento, o *due process* dos direitos fundamentais, a participação procedimental”²⁰².

Na segunda fase, já na década de 80, a participação procedimental continua a ser valorada como dimensão indivisível dos direitos fundamentais, mas já não somente como instrumento funcional e complementar da democracia, e sim como uma “dimensão intrínseca dos direitos fundamentais”²⁰³. Por conseguinte, a participação no procedimento administrativo constitui um instrumento de proteção jurídica subjetiva, reflexo do plano procedimental dos direitos fundamentais.

Como afirma Vasco Pereira, a discussão sobre qual das duas perspectivas em torno da participação no procedimento representa a mais moderna orientação dogmática, no fundo, é a mesma controvérsia que envolve a disciplina do procedimento em termos gerais, configurando a doutrina italiana como defensora de uma visão objetivista, e a doutrina alemã pugnando por uma visão subjetivista desse fenómeno²⁰⁴.

Nesses termos, parece que a solução encontrada pelo ordenamento jurídico português é acertada, no sentido de procurar uma compatibilização entre essas duas perspectivas. Assim, o regime jurídico da participação administrativa em Portugal, assegura, através do procedimento, a proteção jurídica dos particulares, num aspecto mais de defesa individual (vide artigos 267, n.º. 1 e 4; e 7.º e 8.º do Código de Procedimento Administrativo), como também a participação

²⁰¹ Nesse sentido ver J.J. Gomes Canotilho, Constituição e Défice Procedimental, in Estado e Direito, vol. I, n. 2, 1988, pag. 36-37

²⁰² Vide Peter Haberle, Verfassungsprinzipien “im” Verwaltungsverfahrensgesetz”, pag. 43, citado por Vasco Pereira da Silva, Em Busca do Acto Administrativo Perdido, pag. 407

²⁰³ Cfr J.J. Gomes Canotilho, Constituição e Défice Procedimental, pag. 37

²⁰⁴ Vasco Pereira da Silva, Em Busca do Acto Administrativo Perdido, pag. 408-409

procedimental é reconhecida como instrumento democrático de formação da vontade administrativa (vide artigos 267, nº 1 e artigo 7º, nº 1 do Código de Procedimento Administrativo), como é exemplo o princípio da colaboração da Administração com os particulares²⁰⁵.

Em termos conclusivos para o presente tópico, ressalta-se que a instrumentalização da participação pela via procedimental evidencia uma série de vantagens em comparação com ordenamentos que ainda não consolidaram a participação administrativa dentro desse quadro normativo-dogmático, como é o caso do Brasil.

Como será visto nas linhas seguintes, a construção de um quadro operativo de participação administrativa nos termos do ordenamento jurídico brasileiro deve ter como parâmetro as legislações que avançaram no debate sobre a disciplina da participação e que conseguiram dar eficácia jurídica aos seus comandos normativos.

6 - A Participação Administrativa na Constituição Federal de 1988

A Participação Administrativa, de forma geral, é consagrada pelo §3 do art. 37 da Carta Magna brasileira, *in verbis*:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

§ 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: (...)

Ao conferir um direito geral de participação administrativa aos “usuários”, a Constituição Federal fixou as diretrizes básicas desse diploma legislativo e remeteu à liberdade legiferante a criação de outras formas de participação. Ao elevar o direito a participação a um patamar constitucional, fica claro a preocupação do

²⁰⁵ Sobre o tema David Duarte fala numa “unidade e jusfundamentalidade da participação” no ordenamento português, abrangendo tanto a defesa procedimental como a participação procedimental *stricto sensu*, ver Procedimentalização, Participação...pag. 140 e ss. Também seguindo esse entendimento Vasco Pereira da Silva, Em Busca do Acto Administrativo Perdido, pag. 424; Sérvulo Correia, O Direito à informação e os direitos de participação dos particulares no procedimento e, em especial, na formação da decisão administrativa, pag. 134

constituente em lançar as bases para a construção de canais de comunicação e deliberação entre Administração Pública e Administrados.

A doutrina majoritária tem limitado o alcance do §3 do art. 37, tendo como fundamento dois argumentos principais. Primeiro, circunscreve a participação administrativa somente no âmbito dos serviços públicos, entendendo que a alusão a “usuários” restringiria a participação dos administrados somente às situações em que estes figurem na posição de usuários de serviços públicos. Esse entendimento tem íntima ligação com a antiga redação do §3^a do artigo 37 da CF, anterior à Emenda Constitucional n° 19 de 1998, que dispunha que “as reclamações relativas à prestação de serviços públicos serão disciplinadas em lei”.

Dentro desse quadro normativo, fundamentava-se que a Constituição havia definido os legitimados às reclamações, no caso, os usuários de serviço público, como também teria definido o seu sujeito passivo, que seria o delegante ou o delegatário do serviço público²⁰⁶.

A interpretação²⁰⁷ de um novo dispositivo, que se utiliza do mesmo padrão de linguagem do antigo texto normativo, deve ter em consideração todo o conjunto de princípios e valores do novo texto, sob pena de se incorrer no que Luís Roberto Barroso classifica de uma “patologia do constitucionalismo brasileiro, que é a interpretação retrospectiva”²⁰⁸.

Conforme será abordado mais adiante, o conteúdo do §3º do artigo 37 da CF sofreu uma profunda mudança normativa com a promulgação da Emenda Constitucional n° 19/98, que significou, essencialmente, a ampliação do seu campo de incidência jurídica e se constituiu dentro dos quadros da Reforma Administrativa.

Um outro argumento que a doutrina sustenta é que a participação administrativa teria sua eficácia condicionada a uma norma infraconstitucional regulamentadora da matéria dos serviços públicos, que foi prevista no art. 27 da

²⁰⁶ Cfr Diogo Figueiredo Moreira Neto, *Direito da Participação Política: Legislativa, Administrativa, Judicial*, pag. 171

²⁰⁷ Interpretar, conforme ensina Carlos Maximiliano, é “explicar, esclarecer; dar o significado de vocábulo, atitude ou gesto; reproduzir por outras palavras um pensamento exteriorizado; mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão; extrair, de frase, sentença ou norma, tudo que na mesma se contém”, *Hermenêutica e aplicação do direito*, 6.ed., Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1957, pag. 23. A ciência jurídica tem como objeto a norma jurídica, e o momento da interpretação da norma precede sua aplicação. Na lição de Eros Roberto Grau, “(...) a interpretação do direito consiste em concretizar a lei em cada caso, isto é, na sua aplicação(...)”, *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, São Paulo: Malheiros, 2002, pag. 76. Dentre os métodos clássicos de interpretação se destacam os métodos gramatical ou literal, histórico, lógico-sistemático e teleológico

²⁰⁸ Cfr Luís Roberto Barroso, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, 6º ed, Editora Saraiva, 2004, pag. 131

Emenda Constitucional 19/98, configurando-se como uma norma constitucional programática ou de eficácia limitada.

Nesses termos é a lição de Caio Tácito, que afirma que “as normas constitucionais, que regem a participação popular, não são necessariamente auto-executáveis. As várias normas programáticas dependem de lei para abrigar modelos especiais e objetivos de real participação popular”²⁰⁹.

Somente a título introdutório, cabe aqui afirmar que já há, no plano infraconstitucional, pelo menos dois diplomas legais que tratam da participação dos usuários, a Lei nº 8.666/93 (Lei Geral de Licitações) e a Lei nº 8.987/95 (Lei Geral de Concessões de Serviços Públicos).

Passa-se a análise dessas assertivas.

6.1 - A norma geral da participação administrativa do §3º do artigo 37 da Constituição Federal de 1988

À primeira vista, na esteira de uma interpretação gramatical²¹⁰ da Constituição, podemos ser levados a crer que o §3º do art. 37 da CF, ao aludir-se a “usuários”, ao invés de “administrados” ou “cidadãos”, pode ter restringido a participação administrativa somente no âmbito da prestação dos serviços públicos.

As normas constitucionais, por serem geradas em meio a um processo dialético de discussão, participação e composição política, em que o legislador representa inúmeros interesses de maneira simultânea, dificilmente apresentam uma linguagem uniforme e tecnicamente rigorosa²¹¹.

Portanto, para uma melhor compreensão da exegese da referida norma constitucional, defende-se uma interpretação sistemática de todo o sistema jurídico-constitucional, como também uma interpretação sistemática do micro-sistema do §3º do art. 37 em sua integralidade, pois cada preceito de norma deve ser visto como

²⁰⁹ Cfr Caio Tácito, Direito Administrativo Participativo, in Revista de Direito Administrativo, vol. 166, 1986, pag. 05

²¹⁰ O método interpretativo gramatical é aquele que parte do conteúdo semântico das palavras e é o momento inicial do processo interpretativo, ver Luís Roberto Barroso, Interpretação e Aplicação da Constituição, pag. 127

²¹¹ Cfr Luís Roberto Barroso, Interpretação e Aplicação da Constituição, pag. 128-129

parte viva do todo, eis que somente no exame do conjunto é que se revela a interpretação mais acertada²¹².

Na sequência da literalidade do referido dispositivo, o inciso I do §3º²¹³ é taxativo ao enunciar que a futura lei regulamentará especialmente “as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral”, reforçando o entendimento de que a participação administrativa mencionada no caput do §3º deve ser entendida somente no contexto das atividades administrativas de prestação de serviço público.

Já no seu inciso II do §3º²¹⁴, a Constituição brasileira repete o vocábulo “usuário”, no entanto, amplia seu conteúdo semântico, aludindo não somente a usuários de serviços públicos, mas a qualquer “administrado” que possua registro administrativo ou queira levantar informações sobre quaisquer atos de governo, sendo estes, emitidos no âmbito de uma atividade administrativa prestadora de serviço público ou em qualquer outra forma de atuação administrativa.

Uma interpretação contrária, nos levaria a sustentar que somente os administrados na condição de usuários de serviços públicos seriam legitimados a ter acesso aos registros administrativos, negando-se tal prerrogativa a outros administrados que não possuíssem a qualidade de “usuários” diretos.

Ainda mais, tal entendimento afastaria a aplicação da norma a casos em que os “registros administrativos” se inserissem numa atividade administrativa não relacionada a disciplina dos serviços públicos, o que seria contrariar frontalmente toda a *ratio legis* da norma e todo o entendimento doutrinário e jurisprudencial sobre o tema.

Por fim, ao usar o temo “atos de governo” a norma explicitamente se refere a uma categoria jurídica que vai muito além dos atos administrativos emanados especificamente na atividade prestadora de serviços públicos. A expressão

²¹² O Método interpretativo sistemático é aquele em que tem como pressuposto que todas as frações do sistema normativo guardam relação entre si, e daí resulta que a “interpretação da norma deve aplicar direta e indiretamente, princípios, regras e valores componentes da totalidade do Direito”. Ver Juarez Freitas, A Interpretação Sistemática do Direito, 5º ed., Malheiros, 2010, pag. 73 e ss

²¹³ Constituição Federal, art. 37, §3º:

I - as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços;

²¹⁴ Constituição Federal, art. 37, §3º

II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII;

relaciona-se com o antigo conceito de ato de governo, que o iguala a quaisquer atos administrativos, judiciais ou legislativos em que estejam previstos numa Lei²¹⁵.

Em consonância com o entendimento aqui defendido, foi emanada a Lei Federal nº 12.527/2011, a Lei do Acesso à Informação, que regulamenta o mencionado inciso II, do §3º do art. 37 da CF (além do inciso XXXIII do art. 5 e §2º do art. 216)²¹⁶ garantindo o acesso à informação de qualquer cidadão ou administrado perante toda a Administração Pública²¹⁷, independentemente da sua vinculação à posição de usuário de serviço público.

Já o inciso III²¹⁸ da aludida norma traz a exigência da regulamentação do instituto da “representação contra exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública”, é a chamada da representação administrativa²¹⁹.

A doutrina e jurisprudência é uníssona em assegurar o direito de representação administrativa a “qualquer pessoa, a qualquer tempo e em quaisquer circunstâncias”²²⁰, sendo considerado um direito subjetivo público contra todo ato abusivo da Administração Pública.

²¹⁵ Sobre essa concepção de ato de governo como qualquer ato administrativo, judicial ou legislativo ver Afonso Queiró, Teoria dos Actos de Governo, Coimbra Editora, Coimbra, 1948, p. 171-175

²¹⁶ Lei 12.527/2011, Artigo 1º, caput:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre os procedimentos a serem observados pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, com o fim de garantir o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal.

²¹⁷ Em seu Parágrafo Único do artigo 1º, a Lei 12.527/2011 estabelece que a aplicabilidade do diploma legal se estende a toda Administração Pública, em todos os níveis federais, *in verbis*:

Lei 12.527, Art. 1º,

Parágrafo Único: Subordinam-se ao regime desta Lei:

I - os órgãos públicos integrantes da administração direta dos Poderes Executivo, Legislativo, incluindo as Cortes de Contas, e Judiciário e do Ministério Público;

II - as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

²¹⁸ Constituição Federal, art. 37, §3º

III - a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública

²¹⁹ Conceituando a representação administrativa, Hely Lopes Meirelles: (...) é a denúncia formal e assinada de irregularidades internas ou de abuso de poder na prática de atos da Administração, feita por quem quer que seja à autoridade competente para conhecer e coibir a ilegalidade apontada. O direito de representar tem assento constitucional e é incondicionado, imprescritível e independe do pagamento de taxas (CF, art. 5º, XXXIV, “a”), Direito Administrativo Brasileiro, 26º ed, Malheiros, 2001, pag. 636

²²⁰ Conforme leciona Hely Lopes: “Pode ser exercitado por qualquer pessoa, a qualquer tempo e em quaisquer circunstâncias: vale como informação de ilegalidades a serem conhecidas e corrigidas pelos meios que a Administração reputar convenientes. Como não se exige qualquer interesse do representante para exercer o direito público de representação, não se vincula o signatário da denúncia ao procedimento a que der causa, mas poderá ser responsabilizado civil e criminalmente por quem for lesado pela falsidade da imputação.” Direito Administrativo Brasileiro, pag. 636

Mais uma vez, o alcance da aplicabilidade do dispositivo estende-se a todos os tipos de atividade administrativa, não se limitando ao campo dos serviços públicos, o que denota, reiteradamente, que o §3º do artigo 37 da Carta Magna de 1988 não pode ter sua aplicabilidade restrita a disciplina dos serviços públicos.

O texto legal é articulado e sub-articulado, dividido em fragmentos de mensagem, cada qual devendo tratar de uma ideia específica. Esses fragmentos não são todos da mesma hierarquia e abrangência. Considerando os parâmetros da técnica legislativa, é sabido que todo texto legal é organizado em partículas principais, os artigos, que podem ser subdivididos em subpartes, fragmentos subordinados, que são os parágrafos, os incisos, as alíneas.

Intuitiva é a noção de que as disposições de um inciso têm abrangência limitada às hipóteses ou à situação contemplada no artigo ou no parágrafo a que o inciso está subordinado. Um artigo e seu parágrafo subordinado guardam, geralmente: a) uma relação de regra geral/exceção, onde o parágrafo institui regras que contrariam a norma geral do seu caput, excepcionando-a; ou b) uma relação de genérico/específico, onde o caput estabelece os contornos gerais de um mandamento, e os parágrafos explicitam aspectos ou desdobramentos da hipótese²²¹.

Dentro dessa mesma lógica legislativa, é a relação do caput de um parágrafo ou artigo e seus incisos, significando este, um desdobramento da regra geral inserida no caput, nunca extrapolando os limites daquele²²². Por conseguinte, a posição de um comando legal permite compreender a abrangência que o legislador quis lhe dar, dentro do que podemos chamar de “racionalidade legislativa”.

Portanto, a título de primeira conclusão, vê-se que interpretar o texto do caput do §3º do art. 37 no sentido de entender que o legislador constitucional ignorou frontalmente essa regra básica da técnica legislativa e limitou o alcance da participação administrativa à disciplina dos serviços públicos, utilizando-se de uma má técnica, seria sustentar uma conclusão apressada e que não considera o espírito da norma e a outros métodos de interpretação²²³.

²²¹ Cfr Sérgio F. P. de O. Penna, Técnica legislativa : orientação para a padronização de trabalhos, Brasília : Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2002, pag. 12-13

²²² Cfr Sérgio F. P. de O. Penna, Técnica legislativa : orientação para a padronização de trabalhos, pag. 12

²²³ Sobre o tema Luís Roberto Barroso assevera que “não se deve partir do pressuposto de que o constituinte incorreu em contradição ou obrou com má técnica”, Interpretação e Aplicação da Constituição, pag. 130

Em vias de conclusão parcial, considerando o princípio da Unidade da Constituição²²⁴, que veda a existência de contradições e antinomias no Texto Constitucional, consignando uma interpretação harmoniosa na sua integralidade, fica evidente que a teleologia da norma de participação administrativa é no sentido da sua aplicabilidade a todas as formas de atuação administrativa.

6.2 - Por que “usuários”? Uma interpretação histórico-sociológica do §3 do art. 37 da CF

Sabe-se que o processo de formação das normas e do Direito, de uma forma geral, se apropria de termos e expressões de outras ciências, que influenciam, ideologicamente, esse processo criativo.

A linguagem jurídica, ou especificamente, legal, carrega um forte componente axiológico, próprio do momento histórico em que se situa, nesse sentido, como ensina Miguel Reale, “as normas valem em razão da realidade de que participam”²²⁵.

A Constituição, enquanto norma jurídica fundamental, através da sua linguagem revela escolhas políticas e ideológicas. A própria função da “linguagem constitucional” é transmitir, sinteticamente, a rotulação ideológica e valorativa do Estado em que se insere.

Por conseguinte, numa perspectiva histórico-sociológica, o termo “usuário” também deve ser entendido dentro da visão gerencial de Administração Pública, movimento da ciência administrativa que exerceu forte influência sobre a Emenda Constitucional nº19 de 1998 e direcionou a Reforma do Estado brasileiro²²⁶.

Administração Pública Gerencial é aquela construída sobre bases que consideram o Estado uma grande empresa, cujos serviços são destinados aos seus

²²⁴ Sobre o princípio da Unidade da Constituição ver J.J. Gomes Canotilho, Direito Constitucional, pag. 232-233

²²⁵ Cfr Miguel Reale, Filosofia do Direito, vol. II, São Paulo, Saraiva, 1982, pag. 594

²²⁶ A Reforma do Estado brasileiro é um processo que passou por vários ciclos, o terceiro ciclo de reforma do Estado teve como base o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, de 1995, documento elaborado pelo MARE - Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, e que fundamentou as bases para as mudanças no modelo de Estado que reformularam a Constituição Federal na década de 1990. Em síntese, esse movimento nasceu influenciado pela disciplina do new public management da Inglaterra e buscava uma aproximação do Estado e Sociedade, controle estatal de resultados e busca da eficiência da máquina estatal, nesse sentido ver Luiz Carlos Bresser-Pereira, Do Estado Patrimonial ao Gerencial, in Pinheiro, Wilhelm e Sachs (orgs.), Brasil: Um Século de Transformações, São Paulo, Companhia das Letras, 2001, pag. 222-259

clientes, outrora cidadãos. O Estado gerencial vê o cidadão como contribuinte de impostos e como cliente, como usuário dos seus serviços²²⁷.

Dentro desse quadro teórico da reforma gerencial da Administração, a utilização dos termos “cidadão-usuário” ou “cidadão-cliente” são expressões da ciência da administração que traduzem o direcionamento ideológico tomado pelo Estado e que, por vezes, são absorvidas pela “linguagem constitucional”.

Destarte, é papel da interpretação constitucional evolutiva desvendar o conteúdo da norma, e realizar a “adequação dialética entre o programa normativo e a esfera normativa”, revelando seu significado mais apropriado à sua respectiva realidade constitucional, definindo seu verdadeiro sentido e alcance jurídico²²⁸.

Portanto, quando a Constituição se refere a “participação do usuário na administração pública direta e indireta”, fica aqui implícito a vontade do legislador constitucional em se referir a “participação do cidadão” ou a “participação do administrado”, e assim deve ser interpretado e aplicado o dispositivo constitucional.

6.3 - A posição do §3 do artigo 37 sob a ótica da sistematização da Constituição Federal

É lição da hermenêutica jurídica que o lugar em que determinada disposição é inserida, dentro do texto legal, pode indicar algo a respeito da sua abrangência e alcance. Essa afirmação parte da noção de que toda lei, aqui em seu sentido genérico, possui uma sistematização²²⁹.

Ao elaborar proposições normativas, o legislador impõe uma determinada lógica de soluções, “ele tem bitolas de valor e finalidades a prosseguir, às quais subordina as normas promulgadas”, e ao fazê-lo ele utiliza uma ordenação

²²⁷ Ver “PLANO DIRETOR DA REFORMA DO APARELHO DO ESTADO”. Brasília: Presidência da República, Câmara da Reforma do Estado, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1995, pag. 15-18

²²⁸ “A necessidade de uma permanente adequação dialética entre o programa normativo e a esfera normativa justificará a aceitação de transições constitucionais que, embora traduzindo a mudança de sentido de algumas normas provocado pelo impacto da evolução da realidade constitucional, não contrariam os princípios estruturais (políticos e jurídicos) da constituição. o reconhecimento destas mutações constitucionais silenciosas (*‘stille verfassungswandlungen’*) é ainda um acto legítimo de interpretação constitucional”. J. J. Gomes Canotilho, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 3.ed., Almedina, 7º ed., Almedina, 2000, pag. 1154

²²⁹ Sobre a sistematização da lei ver António Menezes Cordeiro, Problemas de sistematização, in Feitura das Leis, vol. II, Instituto Nacional de Administração, 1986, pag. 135 e ss

adequada, e essa ordenação “interfere nos processos juscientíficos que conduzem à sua concretização”²³⁰.

Ao ordenar de certo modo a matéria normativa, o legislador transmite diretivas jurídicas relevantes. Nesse sentido, Menezes Cordeiro exemplifica: “o constitucionalismo de tipo soviético insere, primeiro, a matéria relativa à organização econômica, enquanto o de tipo ocidental dá prevalência aos direitos fundamentais. A preferência por esta última sistematização equivale, assim, a uma preferência pelo pensamento constitucional liberal”²³¹.

O artigo 37 da Constituição Federal de 1988 define os princípios gerais de toda a atividade administrativa do Estado, se configurando como uma norma de abrangência geral, que define os principais parâmetros de atuação administrativa, aplicável a todos os níveis federais e a todas as espécies de atuação da Administração Pública.

Ao ser inserido num dos parágrafos do artigo 37 da CF, o posicionamento legislativo da norma de participação administrativa é mais um fator que revela a amplitude da aplicabilidade de seus comandos, que em consonância com o *caput* do artigo, deve ter seu campo de atuação estendido a toda atividade administrativa.

De maneira diversa, a matéria relativa aos serviços públicos foi trazida, pelo legislador, para outra posição na sistematização da CF/88, o Capítulo da Ordem Econômica e Financeira, mais especificamente no capítulo dos Princípio Gerais da Atividade Econômica, em seu artigo 175, onde dispõe expressamente sobre a disciplina dos serviços públicos.

²³⁰ Cfr Antônio Menezes Cordeiro, Problemas de sistematização, in Feitura das Leis, vol. II, pag. 143

²³¹ Cfr Antônio Menezes Cordeiro, Problemas de sistematização, in Feitura das Leis, vol. II, pag. 146

6.4 - A confusão doutrinária e jurisprudencial sobre a norma regulamentadora do §3 do art. 37 da CF

Ainda que a interpretação dada ao caput do §3º do artigo 37 da CF seja no sentido de considerá-la uma norma geral de participação administrativa, aplicável a toda atividade administrativa, nos três níveis federativos, sua eficácia plena enquanto norma jurídica está condicionada a emissão de uma lei infraconstitucional que regule a matéria, conforme dispõe a literalidade do dispositivo quando prevê que a “a lei disciplinará as formas participação do usuário(...)”.

A responsabilidade constitucional de elaboração de uma lei de participação administrativa, aplicável a toda Administração Pública, nos três níveis federais de governo, conforme a distribuição de competências da Carta Magna de 1988, é do Congresso Nacional²³².

O art. 27 da Emenda Constitucional nº 19/1998 estabelece uma imposição constitucional legiferante, conferindo ao Congresso Nacional, num prazo de cento e vinte dias da sua promulgação, o dever de elaboração da lei de defesa do usuário dos serviços públicos.

Doutrina e Jurisprudência brasileira, seguindo a linha que entende que a participação administrativa se limita a disciplina dos serviços públicos, advogam que a lei de defesa do usuário dos serviços públicos seria a lei referida no caput do §3º do art. 37²³³.

Nessa linha, a plena efetividade constitucional do §3 do art. 37 da CF ainda encontraria-se pendente da iniciativa do Congresso Nacional, que apesar de já se passar 18 anos da data da Emenda 19/98, ainda não concluiu a elaboração da lei de defesa do usuário dos serviços públicos²³⁴.

Devido a inequívoca morosidade legislativa na elaboração do diploma legal, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil impetrou uma Ação Direta de

²³² O artigo 48 dispõe sobre as atribuições do Congresso Nacional, e especificamente em seu inciso IX, estabelece que as normas de organização administrativa, in verbis:

Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre:

IX - organização administrativa, judiciária, do Ministério Público e da Defensoria Pública da União e dos Territórios e organização judiciária e do Ministério Público do Distrito Federal;

²³³ Nesse sentido ver Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão - ADO 24 MC/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, Supremo Tribunal Federal

²³⁴ A Lei do usuário dos serviços públicos segue em tramitação no Congresso Nacional desde 1999. Atualmente, encontra-se no Senado Federal, Projeto de Lei n.º 6.953/2002

Inconstitucionalidade por Omissão, a ADO 24 MC/DF²³⁵, objetivando a notificação dos presidentes da Câmara e do Senado Federal para tomarem providências na conclusão do Projeto de Lei nº 6.953/2002, como também pugnou pela aplicação subsidiária e provisória da Lei nº 8.078/90 - Código de Defesa do Consumidor - enquanto a aludida lei não for publicada.

Chegando-se a este ponto, levanta-se a seguinte questão: O §3 do art. 37 da CF, ao dispor sobre a “participação do usuário na administração pública”, seria a norma legal a que o art. 27 da Emenda Constitucional nº 19/98 se referiu? Ou seja, a imposição de elaboração do diploma legal dos usuários dos serviços públicos do art. 27 da EC nº19/98 fundamenta-se no *direito constitucional dos usuários dos serviços públicos previsto no §3 do art. 37 da CF*?

Não é a conclusão que aqui se chega, e explica-se. Numa interpretação histórica da Carta Magna observa-se que o fundamento constitucional para a elaboração do diploma legal de defesa dos usuários de serviço público já constava no texto original da Constituição Federal, desde a sua promulgação.

Ao tratar especificamente sobre a disciplina da prestação dos serviços públicos, o artigo 175 da CF, inciso II²³⁶ já explicitava a obrigatoriedade de um diploma infraconstitucional regulamentar os “direitos dos usuários” dos serviços públicos, traduzindo uma preocupação constitucional em proteger as garantias dos cidadãos em sua condição de usuário, e a necessidade de se elaborar um regime jurídico específico que consolidasse essas garantias.

Considerando o postulado hermenêutico de que não se presumem, na lei, palavras inúteis²³⁷, somente nos resta a conclusão de que o artigo 27 da EC nº

²³⁵ Cfr Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, ADO 24 MC/DF, Rel. Min. Dias Toffoli. O Relator, Min. Dias Toffoli já deferiu liminar, em 01.08.2013, EC 19/98, exigindo a deliberação pelo Congresso Nacional em 120 dias sobre a lei dos usuários dos serviços públicos. Na decisão o Ministro asseverou que, “passados exatos 15 anos, seria evidente a existência de lapso temporal suficiente a caracterizar, mesmo em juízo sumário, a omissão inconstitucional”.

²³⁶ Constituição Federal de 1988, Artigo. 175, *in verbis*: “Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:
II - os direitos dos usuários;

²³⁷ É lição da Hermenêutica Jurídica, como afirma Carlos Maximiliano, que “a lei não contém frase ou palavra inútil, supérflua ou sem efeito. A lei não contém palavras inúteis”. Dá-se valor a todas as frases, para achar o verdadeiro sentido de um texto, porque este deve ser entendido de modo que tenham efeito todas as suas provisões, nenhuma parte resulte inoperativa ou supérflua, nula ou sem significação alguma”. Nesse sentido, ver Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e Interpretação do Direito*, pag. 311

19/98 vem a determinar uma imposição legiferante que virá a concretizar o mandamento do inciso II, art. 175 da CF, que é transparente em sua redação. Interpretação diferente nos conduziria a afirmar que a Constituição foi supérflua, ao estabelecer por duas vezes um mesmo comando legal.

Dito isto, fica evidente que a norma do §3 do art.37 não tem relação direta com o art. 27 da EC n 19/98, sendo uma norma que extrapola os limites da disciplina dos serviços públicos, devendo ser considerada como norma geral aplicável a toda Administração Pública.

Conclui-se assim, que a lei a que se refere o texto do caput do §3 do art. 37 deve regulamentar todas as formas de participação dos cidadãos no âmbito da administração pública direta e indireta, e isso inclui, conforme especifica seus incisos, os institutos da reclamação administrativa, o direito de acesso aos registros administrativos e a representação administrativa.

Não obstante, mesmo que superada a questão da existência de uma norma constitucional de participação administrativa extensivo a toda atividade administrativa, uma pertinente questão aqui se levanta: qual os reflexos jurídicos dessa norma de participação administrativa? Estará, ela, limitada a um diploma infraconstitucional para que possa gerar seus efeitos?

Sob este prisma, considerar-se-á o problema sob duas perspectivas, uma subjetiva e outra objetiva. Da perspectiva subjetiva se discutirá a fundamentalidade de um direito subjetivo do administrado-cidadão à participação administrativa, e seus respectivos limites. Da perspectiva objetiva, se analisará o grau de vinculação da atuação administrativa à norma constitucional participativa e ao regime jurídico da participação administrativa.

7 - A Norma Geral de Participação Administrativa: uma dupla perspectiva operativa

Superada a discussão sobre a existência de uma norma geral de participação administrativa a nível constitucional, passa-se agora a análise dos principais desdobramentos desse ditame constitucional no contexto brasileiro, na busca de uma noção operativa da participação administrativa, principalmente na sua relação com o paradigma da procedimentalização da atividade administrativa.

Nesse sentido, seguindo uma linha metodológica que perpassa todo o trabalho, a problemática será discutida sob uma dupla perspectiva: uma visão objetiva, do ponto de vista da Administração Pública, em que se analisará alguns instrumentos jurídicos disponíveis no ordenamento brasileiro para uma configuração da participação administrativa que possua um grau mínimo de vinculação da atividade administrativa; e numa perspectiva subjetiva, do ponto de vista do titular do direito subjetivo de participação, se verificará qual o significado jurídico desse direito.

Adverte-se, desde já, que o desenvolvimento desses dois tópicos não abrangerá todas as discussões que envolvem a disciplina da participação administrativa, tratar-se-á, mais, de uma proposta de operatividade da participação no contexto brasileiro²³⁸, admitindo-se, de antemão, a impossibilidade de esgotar todos os pormenores referentes a matéria.

7.1 - A vinculação da Administração Pública à participação administrativa no Brasil

Nas linhas acima já foi dito que a participação, em termos gerais, configura-se como um dos pilares concretizadores do Estado (Social) Democrático de Direito, e, conseqüentemente, deve servir como um dos critérios de atuação da atividade administrativa.

Passando a uma análise específica do direito brasileiro, surge, assim, um questionamento pertinente: Qual é o sentido da vinculação da Administração Pública a participação administrativa no Brasil? Existe um dever de estabelecer mecanismos de participação aos administrados somente quando houver a expressa

²³⁸ Essa proposta operativa se complementará nos dois próximos capítulos do presente estudo.

determinação legal? Ou existiria somente uma diretriz meramente programática para a atuação administrativa, sendo uma via possível e lícita, mas não vinculativa?

A maior parte da doutrina nacional defende que é facultado à Administração Pública a instituição da participação administrativa quando da inexistência de previsão legal²³⁹.

Numa análise estritamente positivista, com base nas lições de Hans Kelsen²⁴⁰, pode-se sustentar que não existe, propriamente, uma obrigação ou dever jurídico constitucional geral da Administração Pública em estabelecer ou criar mecanismos de participação dos administrados no exercício de sua atividade típica, pois, de plano, sua inobservância não se configura uma expressa “violação da normatividade”.

A Constituição Federal de 1988, em seu §3º artigo 37, atribuiu apenas ao legislador a tarefa de densificar as formas de participação administrativa, e nesse sentido, a ausência de critérios legais para a concretização da participação justificaria a liberdade da Administração Pública em decidir como, e quando, a participação administrativa deve ser efetivada.

Destarte, no atual estágio evolutivo da dogmática jurídico-administrativa, sustenta-se que essa discricionariedade administrativa pode ser limitada por outras fontes normativas para além da lei formal, falando-se aqui numa vinculação jurídica ao bloco de legalidade, consubstanciado na ideia de ordenamento jurídico como um todo sistêmico e que se traduz, de uma maneira mais atualizada, no princípio da juridicidade administrativa²⁴¹.

O que se sustenta, portanto, é a observância da possibilidade de concretização da participação em certas áreas administrativas que possuem suporte jurídico para fundamentar uma vinculação nesse sentido.

Na Espanha, por exemplo, a discussão em torno da delimitação do campo de atuação da participação administrativa, que é prevista constitucionalmente no artigo

²³⁹ Nesse sentido, por todos, Justino de Oliveira: “Cabe esclarecer que os órgãos públicos estarão compelidos à realização ou à utilização de mecanismos participativos sempre que a lei assim estipular. Entretanto, a Administração estará simplesmente facultada a implementá-la, no caso de não haver previsão expressa para sua realização”, Participação Administrativa, in Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado. Num 3, pag. 18.,

²⁴⁰ Cfr Hans Kelsen, Teoria Geral do Direito, pag. 63-64

²⁴¹ Sobre o princípio da juridicidade administrativa ver Adolf Merkl, Teoría General de Derecho Administrativo, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1935, pag. 132 e ss

23 da Constituição Espanhola²⁴², caminha no sentido de considerar a vinculatividade dessa participação somente quando exista uma margem de discricionariedade prevista legalmente, se transportando para a função participativa a tarefa de distinguir entre o oportuno e o inoportuno²⁴³.

Considerando o princípio da juridicidade administrativa, e da consequente multiplicidade de fontes de vinculação da Administração²⁴⁴, observa-se que uma das possibilidades operativas da participação administrativa no ordenamento jurídico brasileiro surgiu, no âmbito federal, a partir da autovinculação estabelecida pelo Decreto Presidencial nº 8.423/2014.

a) A Administração Pública Federal, participação administrativa e o Decreto nº 8.243/2014 - Plano Nacional de Participação Social

O Decreto²⁴⁵ Presidencial nº 8.243, de 23 de Maio de 2014 estabeleceu a Política Nacional de Participação Social e criou o Sistema Nacional de Participação Social, com o objeto de democratizar os processos decisórios na Administração Pública federal, através do fortalecimento de mecanismos democráticos de diálogo e a “atuação conjunta entre a administração pública federal e a sociedade civil”²⁴⁶.

Esse diploma surgiu no contexto da crescente pressão social por espaços de participação social nos processos de decisões públicas, que se traduziram no pano de fundo das principais reivindicações das “Manifestações de Junho” ou “Jornadas

²⁴² Constituição Espanhola de 1978, artigo 23, nº 1, in verbis:

Artículo 23 - 1. Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal.

²⁴³ Nesse sentido ver García de Enterría e Ramón Fernández, Curso de Derecho Administrativo, vol. II, pag. 86

²⁴⁴ Sobre a discussão sobre a multiplicidade das fontes de vinculatividade no Direito Administrativo, ver Paulo Otero, Legalidade e Administração Pública, pag. 385 e ss

²⁴⁵ Decreto é a forma que se revestem todos os atos do chefe do Poder Executivo. Em outras palavras, o decreto é fórmula em que o chefe do Poder Executivo emana atos normativos e concretos. Nas lições de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, “os que expressam regras jurídicas gerais e abstratas, de caráter impessoal, se denominam decretos regulamentares; e os que expressam regras jurídicas especiais e concretas, de caráter pessoal, se denominam decretos simplesmente.” Oswaldo Aranha Bandeira de Mello. Princípios Gerais de Direito Administrativo. Vol I, Rio de Janeiro, Forense, 1969, pag. 483

²⁴⁶ Decreto nº 8.243/2014: “Art. 1º Fica instituída a Política Nacional de Participação Social - PNPS, com o objetivo de fortalecer e articular os mecanismos e as instâncias democráticas de diálogo e a atuação conjunta entre a administração pública federal e a sociedade civil”.

de Junho”, como vem sendo chamado os protestos sociais que alastraram o Brasil no ano de 2013²⁴⁷.

O referido diploma veio regulamentar o artigo 3º da Lei n. 10.683/03, e institui as diretrizes básicas, a serem observadas pela Administração Pública no âmbito federal, para a consolidação do que se denominou de “participação social”. Aqui, o termo “participação social” pode ser definido como toda participação externa da sociedade no âmbito da função administrativa do Estado.

Nesse sentido, fica nítida a aproximação entre o conceito de participação administrativa aqui tratado e a participação social definida no referido Decreto nº 8.243/2014, sendo a participação administrativa, no seu sentido estrito, uma espécie do gênero participação social.

Apesar de, no seu art.3º inciso I, dispor sobre o “reconhecimento da participação social como direito do cidadão e expressão de sua autonomia”, o Decreto nº 8.243/2014 não trata propriamente de direito material, até porque, pela sua natureza jurídica de regulamento²⁴⁸, isso exorbitaria seus limites constitucionais definidos pela Carta Magna de 1988, em seu artigo 84, incisos IV e VI, alínea “a”²⁴⁹.

A principal função normativa do Decreto nº 8.243/2014 é estabelecer a uniformização, material e processualmente, do comportamento do aparato estatal no desempenho da atividade administrativa, considerando os critérios ali eleitos. Portanto, seu destinatário é o próprio poder público, especificamente, a Administração Pública em seu nível federal.

²⁴⁷ Em pronunciamento, a Presidente Dilma Rousseff referenciou o decreto como uma das respostas do Governo Federal às manifestações de junho de 2013 - ato instituidor de um “arcabouço institucional e político [...]” que corresponde “às exigências da sociedade e que os governos têm de ter práticas transparentes, que contemplem o uso adequado e absolutamente honesto do dinheiro público”, nesse sentido ver “Marco regulatório garantirá mais clareza e segurança jurídica para gestores das ONGs”, Blog do Planalto, Brasília, 23 maio de 2014, disponível em: <<http://blog.planalto.gov.br/marco-regulatorio-garantira-mais-clareza-e-seguranca-juridica-para-gestores-das-ongs/>>. Acesso em: 19 jul. 2015.

²⁴⁸ O regulamento administrativo é a expressão do poder regulamentar, que se caracteriza com espécie do poder normativo do Executivo. Portanto, poder regulamentar é “uma das formas pelas quais se expressa a função normativa do Poder Executivo” (Di Pietro) e se caracteriza por ser “norma emanada pela administração no exercício da função administrativa e, regra geral, com caráter executivo e/ou de complementar a lei” (Canotilho). Nesse sentido ver Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*, p. 89 e J.J. Gomes Canotilho. *Direito Constitucional*, p. 909

²⁴⁹ No Brasil o poder regulamentar do Poder Executivo foi instituído no Artigo 84 da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;

VI – dispor, mediante decreto, sobre:

a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos;

Num esforço de enquadramento desse diploma normativo na categorização das fontes do Direito Administrativo, observa-se que o Decreto se configura como uma fonte voluntária interna autovinculativa unilateral, que ocorre quando a produção da legalidade é realizada pela própria Administração, que limita sua conduta em domínios discricionários do exercício da função administrativa²⁵⁰.

Desse modo, o Decreto nº 8.243/2014 restringe a discricionariedade dos órgãos e agentes da administração na atuação administrativa e institui a “participação social como método de governo”²⁵¹.

Essa limitação da discricionariedade dos órgãos e entidades administrativas em criar as condições de participação, altera, de maneira inédita, a forma de atuação da Administração a nível federal no Brasil, ao criar uma dever geral de atuação participada.

Essa limitação da discricionariedade traz duas consequências imediatas para a atividade administrativa: a) a participação torna-se, assim, um dos principais meios de resolução de controvérsias administrativas no âmbito da Administração Pública Federal no Brasil, que deve concretizar seus fins através de parâmetros decisórios compatíveis com o princípio participatório; b) por outra via, esse critério/método participado de atuação somente pode ser afastado quando as circunstâncias, ou os outros princípios do regime jurídico-administrativo, justifiquem tal conduta, devendo haver uma expressa motivação nesse sentido.

A autovinculação da Administração Pública aos novos critérios de participação, estabelecidos pela referida norma, é evidenciada em quatro momentos distintos da atividade administrativa, conforme dispõe o Decreto nº 8.243/2014: na formulação, na execução, no monitoramento e na avaliação de programas e políticas públicas. Dentre as inovações introduzidas, destacam-se os mecanismos de participação trazidos pelo referido diploma, elencados em seu artigo 6º, especialmente a consulta pública, a audiência pública e ambiente virtual de participação social, como também as diversas referências à utilização da internet e das tecnologias de comunicação e informação, que serão especialmente abordadas nos capítulos que seguem.

²⁵⁰ Sobre as fontes voluntárias internas autovinculativas ver Paulo Otero, *Legalidade e Administração Pública*, pag. 397-398

²⁵¹ Um dos objetivos do PNPS é consolidar a participação social como método de governo, como expressa seu inciso I, art. 4º do Decreto nº 8.243/2014.

7.2 - O direito de participação administrativa dos particulares

Por uma ótica subjetiva da participação, considerando o ponto de vista do particular, a participação se configura como um instrumento de defesa dos interesses e direitos dos sujeitos perante a Administração Pública.

Aqui, refere-se a defesa de direitos e interesses de maneira genérica, incluindo, assim, tanto a defesa de interesses individuais (participação *uti singuli*), quanto a defesa de interesses difusos e coletivos (participação *uti cives*).

Isso porque, existe uma unidade ontológica no fenômeno participatório, que faz com que exista uma unidade substantiva, um regime jurídico comum de proteção dos bens, sejam eles do interesse de todos ou de interesse individual²⁵².

Pode-se dizer, portanto, nessa acepção, que as garantias relacionadas à defesa dos direitos e interesses (sejam eles individuais, coletivos ou difusos) frente às manifestações do poder público é, por excelência, reflexo do princípio do devido processo legal.

No âmbito da função administrativa, o devido processo legal concretiza-se na configuração de uma atuação administrativa sob a forma de um procedimento equitativo, conforme explicitado no capítulo I supra.

Essa forma procedimental de atuar, tem no direito de participação o centro mais essencial de sua realização, “por se refractar nele com maior imediatividade a exigência de assegurar o respeito da dignidade da pessoa humana quando concretamente subordinada ao exercício de um poder de autoridade pelo Estado”²⁵³.

Essa conexão entre a participação administrativa e o devido processo legal foi amplamente desenvolvida no âmbito da common law, pelos Direitos Norte-Americano e Inglês. Nessa doutrina, o *right to a fair hearing*, ou o direito de audiência, aparece como mecanismo jurídico apto a garantir a defesa de direitos e interesses individuais, e o *right to a consultation*, ou o direito de ser consultado,

²⁵² Sobre a unidade ontológica da participação, David Duarte afirma que: “Ao mesmo tempo, não se colocam objeções ao exercício coletivo desse direito. Se os direitos, liberdades e garantias pressupõem materialmente uma normatividade de proteção do indivíduo perante o poder, ligada a subjectividade individual, isso não prejudica que essa proteção não possa ocorrer por via de instituições que, mais ou menos autônomas relativamente aos seus membros, tratam fundamentalmente da realização da pessoa”, ver Procedimentalização, Participação...pag. 146-147

²⁵³ Cfr J.M. Sérvulo Correia, Procedimento Equitativo e Direito de Participação Procedimental, pag. 414

garante a participação dos interessados no campo decisório mais geral da Administração²⁵⁴.

Na linha dessa perspectiva subjetiva da participação, a consagração constitucional do princípio do devido processo legal, no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal do Brasil, faz surgir uma série de garantias procedimentais para os particulares, que independem de uma densificação infraconstitucional do direito de participação pelo legislador²⁵⁵.

Por essa via, a concretização do núcleo essencial do direito de participação administrativa está intimamente ligada à construção de técnicas jurídicas que configurem uma eficácia prática a esse direito, sempre que uma decisão administrativa venha a interferir na esfera de direitos e liberdade dos indivíduos.

Como já abordado em linhas acima, no âmbito federal, a Lei nº 9.784/99 significou um verdadeiro marco jurídico na procedimentalização da atividade administrativa no Brasil, e estabeleceu um modelo multilateral de procedimento administrativo, conferindo legitimidade de atuação a todos os particulares que tenham direitos ou interesses que possam ser afetados por uma decisão administrativa.

Essa ampla abertura procedimental trazida pela Lei nº 9.784/99, conjugada com as garantias de participação provenientes do princípio constitucional do devido processo legal, fazem surgir garantias procedimentais efetivas, que concretizam os elementos básicos da participação administrativa.

São exemplos dessas exigências concretizadoras do direito de participação o direito de ciência da existência de procedimentos de que provenham decisões que possam afetar a esfera de direitos do particular, o direito à informação procedimental administrativa, o direito à audiência dos particulares antes da decisão final, o direito a medidas instrutórias adequadas e efetivas, etc.

²⁵⁴ Sobre o tema, confira-se, no direito inglês Paul Craig, *Administrative Law*, 4 ed, London, Sweet & Marwell, 1999, pag. 401. E sobre o princípio do devido procedimento equitativo, como reflexo do *due process*, no ordenamento jurídico português ver J.M. Sérvulo Correia, *Procedimento Equitativo e Direito de Participação Procedimental*, pag. 418 e ss

²⁵⁵ Defendendo a existência de um direito subjetivo a participação administrativa no direito brasileiro, independente de qualquer concretização pelo legislador, ver Patrícia Baptista, *Transformações do Direito Administrativo*, pag. 154

8 - Participação administrativa procedimental

Por tudo o que foi exposto, observa-se que a concretização da participação administrativa deve encontrar um parâmetro operativo, que garanta um mínimo de segurança jurídica e previsibilidade de conduta aos particulares, e ao mesmo tempo, seja apta a satisfazer as exigências de eficiência e racionalização da decisão administrativa.

Os parâmetros e instrumentos participatórios instituídos pelo Decreto nº 8.243/2014 se configuram como um avanço significativo na disciplina da participação administrativa, e passam a vincular a Administração Pública Federal no Brasil, ganhando ainda mais relevância dentro do quadro jurídico-teórico do procedimento administrativo.

Por outro lado, a partir do marco procedimental fixado pela Lei n. 9.784/99 e a possibilidade da Administração em criar seus arquétipos procedimentais de conduta, a participação administrativa, na sua acepção subjetiva, ganha, no procedimento, seu espaço ideal de realização.

O procedimento, como instrumento apto a construir uma Administração Pública mediadora e catalisadora de interesses sociais²⁵⁶, passa a ser a estrutura integratória dos múltiplos interesses existentes, que cumpre, simultaneamente, os dois objetivos essenciais da participação: a proteção dos interesses particulares e a colaboração exterior na tarefa de realização do interesse público²⁵⁷.

²⁵⁶ Cfr Patrícia Baptista, Transformações do Direito Administrativo, pag. 178-179

²⁵⁷ Cfr David Duarte, Procedimentalização, Participação..pag. 103

III - A Administração Pública Digital

Toda a transformação que a tecnologia da informação e comunicação vem conduzindo nas últimas décadas tem reflexos, também, na forma que o Estado desenvolve sua atuação, e esse contexto inédito e inacabado traz aspectos relevantes para a análise da ciência jurídica e, mais especificamente, para o direito administrativo, pois requer uma constante atualização sobre o enquadramento normativo dessa “nova atuação administrativa eletrônica”, que é cada vez mais presente e constante na relação cidadão-Estado.

No presente capítulo objetiva-se uma visão geral do atual estágio evolutivo do que se convencionou chamar de Administração Pública Digital, um novo tipo de Administração, caracterizada pela utilização das Tecnologias da Informação e Comunicação como principal suporte de atuação administrativa e por uma considerável mudança organizacional, principalmente nas suas relações internas e externas.

Esse fenômeno tem sido identificado como uma tendência global das Administrações, identificando-se Estados com maior e menor nível de evolução desse fenômeno. A desmaterialização de atos e documentos, a intensificação da velocidade dos fluxos comunicacionais e a relativização da distância física são elementos indissociáveis da Administração Pública do séc. XXI.

1 - Reforma Administrativa, Sociedade da Informação e Administração Pública Digital

O movimento generalizado de Reforma Administrativa dos Estados no final do séc. XX, ocorrido em diversos países do mundo, conhecido por New Public Management, compartilha algumas características em comum, dentre elas se destaca a transformação do foco da atividade administrativa, que passa a ter como seu centro de atuação o cidadão e suas necessidades sociais, e, assim, abre espaço para um maior controle da sociedade sobre a atuação estatal²⁵⁸.

Somado a isso, a crise fiscal dos Estados, a pressão por mais eficiência na prestação dos serviços públicos e por mais poder de intervenção nas decisões de políticas públicas, desencadearam uma reforma na administração pública que buscou pautar sua conduta nos princípios da desburocratização, transparência, ética, accountability, descentralização etc²⁵⁹.

Face a esse novo contexto, a internet e as TIC surgem como um instrumento capaz de “posicionar favoravelmente as administrações públicas”²⁶⁰, e surge como uma ferramenta que, convenientemente, otimiza a *performance* do Estado em diversos setores de atuação, modernizando e transformando radicalmente as formas tradicionais de atuação do Estado²⁶¹.

²⁵⁸ Pimenta identifica oito princípios básicos da Reforma Administrativa dos Estados, ver em Carlos Cesar Pimenta, A Reforma Gerencial do Estado Brasileiro no contexto das grandes tendências mundiais, in Revista de Administração Pública, num 32, Vol, 5, Rio de Janeiro, Set/Out 1998

²⁵⁹ Carlos Cesar Pimenta, A Reforma Gerencial do Estado Brasileiro no contexto das grandes tendências mundiais, pag. 181

²⁶⁰ Cfr Claudio Seiji Sato, “Utilizando a internet na Administração Pública”, in Texto para discussão n° 22, Brasília, ENAPE, Dez 1997. Sato descreve as várias vantagens da inserção da internet na Administração Pública, nesse sentido ver cap. II.1 “Utilizando a internet para atender as demandas da administração pública nos anos 90”, pag. 11 e ss

²⁶¹ Em monografia sobre o tema Claudio Seiji Sato elenca as principais formas de utilização da internet pela Administração Pública: parceria com a sociedade no controle social das ações/projetos dos órgãos públicos através da divulgação de relatórios de acompanhamento que sejam atualizados sistematicamente; divulgação de informações sobre os órgãos públicos e os serviços/ produtos oferecidos, pontos de atendimento ao cidadão, campanhas de interesse público, dados estatísticos, etc;

pesquisa, principalmente através dos *e-mails*, sobre os clientes/cidadãos e suas necessidades, o que é extremamente útil no processo de criação e melhoria de produtos/serviços; modernização da administração, pois, à medida em que a internet exige que as informações sejam ao mesmo tempo atualizadas, rapidamente e com qualidade (consistentes tecnicamente, simples, objetivas e curtas), torna-se necessário que os departamentos se organizem de maneira a facilitar, ao máximo, o fluxo de informações, o que exigirá reflexões profundas sobre hierarquia/controle x descentralização/flexibilidade e; oferta de serviços. Utilizando a internet na Administração Pública, pag. 11-12

A inserção das TIC no setor público também surge como uma necessidade de atualização, modernização e integração da Administração Pública às próprias demandas trazidas pela chamada “sociedade da informação”²⁶² ou, mais recentemente, “sociedade em rede”²⁶³.

Essas novas demandas fazem parte de um contexto mais amplo, são produto da Revolução Tecnológica Informacional, iniciada no último quartel do século passado, e que deu origem a “Era da Informação”, em que as tecnologias assumem um papel de destaque em todos os segmentos sociais, fazendo surgir também uma nova economia, pautada na tecnologia da informação como ferramenta indispensável na utilização da informação e construção de conhecimento pelos indivíduos²⁶⁴.

Nesse novo estágio social a geração, processamento e transmissão de informação torna-se uma importante fonte de produtividade e poder. A nova estrutura social, é assim, interconectada e interligada a essa dinâmica tecnológica da informação e comunicação.

²⁶² “A expressão ‘Sociedade da Informação’ refere-se a um modo de desenvolvimento social e económico em que a aquisição, armazenamento, processamento, valorização, transmissão, distribuição e disseminação de informação conducente à criação de conhecimento e à satisfação das necessidades dos cidadãos e das empresas, desempenham um papel central na actividade económica, na criação de riqueza, na definição da qualidade de vida dos cidadãos e das suas práticas culturais. A sociedade da informação corresponder, por conseguinte, a uma sociedade cujo funcionamento recorre crescentemente a redes digitais de informação. Esta alteração do domínio da actividade económica e dos factores determinantes do bem-estar social é resultante do desenvolvimento das novas tecnologias da informação, do audiovisual e das comunicações, com as suas importantes ramificações e impactos no trabalho, na educação, na ciência, na saúde, no lazer, nos transportes e no ambiente, entre outras”, Livro verde para a Sociedade da Informação em Portugal, pag. 05

²⁶³ Manuel Castells prefere a utilização do termo sociedade em rede, e assim conceitua: “A sociedade em rede, em termos simples, é uma estrutura social baseada em redes operadas por tecnologias de comunicação e informação fundamentadas na microeletrónica e em redes digitais de computadores que geram, processam e distribuem informação a partir de conhecimento acumulado nos nós dessas redes.” pag. 20, A Sociedade em Rede: do Conhecimento à Política, in A Sociedade em Rede: do Conhecimento à Política, Debates da Presidência da República, Imprensa Nacional, 2005, disponível em <http://biblio.ual.pt/Downloads/REDE.pdf>, acesso em Dezembro de 2014. Sobre o tema Wolff, Bachof e Stober falam na introdução da sociedade da informação na Administração Pública, ver Direito Administrativo, vol. I, pag. 67.

²⁶⁴ A Revolução Tecnológica deu origem à Era da Informação, que vem substituir a Era Industrial, tornando-se assim a base material desta nova sociedade, em que os valores da liberdade individual e da comunicação aberta tornaram-se supremos. Segundo o autor, no informacionalismo, as tecnologias assumem um papel de destaque em todos os segmentos sociais, permitindo o entendimento da nova estrutura social – sociedade em rede – e consequentemente, de uma nova economia, na qual a tecnologia da informação é considerada uma ferramenta indispensável na manipulação da informação e construção do conhecimento pelos indivíduos, pois “a geração, processamento e transmissão de informação torna-se a principal fonte de produtividade e poder” ver Manuel Castells, A Era da Informação: economia, sociedade e cultura, vol. 3, 1999, São Paulo, Paz e terra, pag. 21.

Os Estados, ou mais especificamente, as Administrações Públicas, passam a ter um importante papel nessa nova Era da Informação, por vezes influenciando de forma decisiva esse processo, e por vezes sendo influenciado²⁶⁵. Surgem os chamados Estados Virtuais²⁶⁶, caracterizados pelo uso extensivo das tecnologias nas suas estruturas organizativas e nas suas relações, internas e externas, com a Sociedade.

A atividade administrativa do Estado, tradicionalmente pautada sob os ditames weberianos do Estado Burocrático, vê-se compelida a alterar seu modelo de atuação, diante dessa dupla conjuntura de fatores: i) fator político, configurado no movimento de reforma administrativa; ii) fator cultural, econômico e tecnológico, caracterizado pelas transformações proporcionadas pelos avanços tecnológicos, que agilizam a circulação da informação, permitem a superação das barreiras físicas e potenciam uma interoperabilidade mais eficiente entre os serviços públicos.

Da conjugação desse dois fatores surge uma novo tipo de Administração Pública, a Administração Pública Digital.

²⁶⁵ O próprio surgimento da Internet aconteceu dentro de uma administração pública de âmbito transnacional, o Centro Europeu de Investigação Nuclear - CERNE. Em 06 de agosto de 1991, Tim Bernes e Robert Caillau criaram em linha o primeiro website, através do primeiro *server* da história, num sistema operativo que apelidou de WWW - WorldWideWeb. Nesse sentido ver Miguel Prata Roque, O Nascimento da Administração Eletrônica num Espaço Trnasnacional (Breves notas a propósito do Projeto de Revisão do Código do Procedimento Administrativo), in Revista Eletrônica de Direito Público, num. 1. Jan. 2014, pag. 3

²⁶⁶ Sobre os Estados Virtuais ver Jane Fountain, Questões Centrais no Desenvolvimento Político do Estado Virtual, in A Sociedade em Rede: do Conhecimento à Política, Debates da Presidência da República, pag. 149

2 - O que é Administração Pública Digital?

Como já foi enunciado, um dos pilares das transformações atuais é o desenvolvimento tecnológico, a internet e a todas as outras novas tecnologias de comunicação e informação, conhecidas pela sigla TIC²⁶⁷, que revolucionaram a forma de interação entre as pessoas, os grupos, as instituições.

Estando a Administração Pública dentro desse contexto, os avanços e mudanças trazidas por essa tendência não poderiam deixar de transformar as estruturas tradicionais em que a Administração se alicerçava, sendo papel do Direito, mais especificamente do Direito Administrativo, estruturar a configuração jurídica dessa nova ordem.

Com a utilização dessas novas tecnologias da informação e comunicação – TIC pelas estruturas administrativas dos Estados, surgiu um novo tipo de atuação administrativa, um modo de atuação completamente novo, que tem no mundo virtual e desmaterializado o seu espaço de desenvolvimento²⁶⁸.

Como consequência, fala-se até na necessidade do surgimento de um novo ramo do direito administrativo, voltado ao estudo dos desafios futuros e dos efeitos das tecnologias na Administração, principalmente relacionado com o processamento de dados e na proteção jurídica dos particulares nesse novo mundo virtual²⁶⁹.

No entanto, apesar dos estudos sobre esse fenômeno terem se multiplicado na última década, a ciência jurídica não tem conferido a devida importância ao tema, razão pela qual os principais avanços nessa disciplina surgem dos outros campos do conhecimento, como as ciências sociais e a ciência da Administração.

Um dos reflexos dessa falta de atenção da dogmática jurídica surge já na dificuldade de delimitação do conceito de Administração Digital ou Administração Eletrônica. O tema sobre a definição desse novo tipo de Administração Pública,

²⁶⁷ As Tecnologias da Informação e Comunicação - TIC correspondem a todas as tecnologias que interferem e mediam os processos informacionais e comunicativos dos seres. Ainda, podem ser entendidas como um conjunto de recursos tecnológicos integrados entre si, que proporcionam, por meio das funções de hardware, software e telecomunicações, a automação e comunicação dos processos de negócios, da pesquisa científica e de ensino e aprendizagem. Nesse sentido ver Flávia Monaco Vieira e Vando Vieira Batista dos Santos, em *Governo Eletrônico: A busca por um Governo mais transparente e democrático*, pag. 05

²⁶⁸ Sobre o tema Wolff, Bachof e Stober comentam: “As modernas tecnologias revolucionaram as condições de partida e de trabalho da Administração e criaram os pressupostos para a introdução da sociedade da informação na Administração Pública”. *Direito Administrativo*, vol. I, Fundação Calouste Gulbenkian, Trad. Antonio Francisco de Sousa, 2006, pag. 67

²⁶⁹ Nesse sentido ver Wolff, Bachof e Stober, *Direito Administrativo*, vol. I, pag. 67

dentro desse contexto digital ou eletrônico, está longe de uma uniformidade de tratamento, apesar dos avanços em dos estudos sobre o fenômeno nos últimos anos, principalmente fruto do esforço conjunto dos organismos internacionais em padronizar o tema.

Pela natureza multidisciplinar do tema, surgiram definições muito vagas e imprecisas, relacionando esse novo estágio administrativo a temas relacionados à democracia eletrônica (E-Democracy) e à aplicação das TIC pelos poderes públicos, de forma genérica (E-Governance), o que abarca questões que transcendem o âmbito da função administrativa, no sentido aqui tratado²⁷⁰.

Os primeiros estudos sobre a inserção das tecnologias da informação nos governos e administrações públicas referem-se a expressão, em língua inglesa, “E-Government”, ou governo eletrônico, ou mais especificamente Administração Eletrônica. Nesse sentido é a definição da Organização das Nações Unidas - ONU, que qualificou como “e-government” a administração que aplica as TIC para transformar suas relações externas e internas²⁷¹.

Na doutrina espanhola, observa-se a definição de Administração Eletrônica uma definição curta, como o fenômeno de uso das TIC na administração pública, adotando como critério diferenciador a simples utilização de ferramentas eletrônicas pelas Administrações no desenvolver de sua ação²⁷².

Nos Estados Unidos, o E-Government Act de 2002, definiu administração eletrônica como a utilização pela administração de aplicações baseadas na Internet e noutras tecnologias da informação, tendente a permitir o acesso, o fornecimento de informação e a prestação de serviços aos cidadãos e a outras entidades públicas, bem como melhorar a eficácia e qualidade do serviço, e a transformar a atividade administrativa²⁷³.

²⁷⁰ De uma forma geral, os documentos internacionais abordam a matéria relacionando-a com assuntos mais genéricos, que são objeto da Teoria da Democracia e a Teoria do Estado. Por todos ver Nações Unidas, E-Government at the Crossroads. Departament of Economic and Social Affairs, World Public Setor Report, 2003

²⁷¹ Nações Unidas, E-Government at the Crossroads. Departament of Economic and Social Affairs, World Public Setor Report 2003, pag. 2

²⁷² Nesse sentido ver Monserrat Tintó Gimbernat, L'administración pública en la societat de la informació: El règim juridic de l'administración eletrónica, Universidade Pompeu Fabra, Barcelona, 2002, pag. 25

²⁷³ Cfr E-Government Act of 2002, Section I, Title I, Chapter 36, § 3601, in PUBLIC LAW 107-347—DEC. 17 2002, disponível através do sítio eletrônico: <https://www.nist.gov/sites/default/files/documents/director/oism/PL107-347.pdf>, consulta em Janeiro de 2015.

Em Portugal, o conceito de Administração Eletrônica está intimamente relacionado à disciplina do procedimento administrativo, e na definição que esse diploma estabeleceu, como a utilização, por órgãos e serviços da Administração Pública, de meios eletrônicos no desempenho de suas atividades, de modo a promover a eficiência e a transparência administrativas e a proximidade com os interessados²⁷⁴.

Observa-se assim, que uma tendência evolutiva dessa delimitação conceitual, que numa primeira fase elegeu como critério diferenciador do faseamento histórico entre a Administração na sua forma tradicional e a nova Administração Eletrônica, um critério objetivo: a inserção das novas tecnologias de informação e comunicação no *modus operandi* estatal, como uma nova técnica de atuação.

A simples incorporação dessas tecnologias e a consequente transposição do espaço de atuação estatal, do campo material para o ambiente virtual, não carregam, necessariamente, novos valores e novas práticas, pois, pela sua função unicamente instrumental, esses elementos tecnológicos não trazem consigo aportes axiológicos próprios, podendo reproduzir, agora em outro ambiente, as velhas práticas administrativas²⁷⁵.

Nesse sentido, observa-se um movimento de ampliação conceitual da definição de Administração Eletrônica, que passa a ser caracterizado não somente pela incorporação das TIC, mas também pela referência a introdução de mudanças organizacionais e novas atitudes, relacionadas à eficiência dos serviços públicos, a transparência administrativa, e ao fortalecimento do processo de democratização da Administração Pública²⁷⁶.

²⁷⁴ Cfr artigo 14.º, n. 1, do Código de Procedimento Administrativo, 2015, in verbis: **Artigo 14.º - Princípios aplicáveis à administração eletrónica**

1 - Os órgãos e serviços da Administração Pública devem utilizar meios eletrónicos no desempenho da sua atividade, de modo a promover a eficiência e a transparência administrativas e a proximidade com os interessados.

²⁷⁵ Sobre o tema, Augustí Cerrillo, apesar de ressaltar o importante papel dos meios tecnológicos de comunicação afirma: “No se debe considerar que la simple incorporación de la tecnología en administración pública constituya un elemento suficiente para poder confirmar el surgimiento de un nuevo modelo de administración pública”, e-Administración, Editorial UOC, Barcelona, 2008, pag. 10

²⁷⁶ Nesse sentido é a crítica de Martínez Gutiérrez, que defendeu a necessidade do conceito de Administração Eletrônica incluir outro aspectos, relacionados à referência expressa a que estamos diante de um novo modelo de administrar e as alterações do modo de atuação da Administração, Ver em Administración Pública Electrónica, Civitas Ediciones, 2009, pag. 202-203. Numa acepção de Administração Eletrônica mais próxima do sentido aqui tratado ver E-Government da Comissão Europeia, in “The Role of eGovernment for Europe's Future”, in COMMUNICATION FROM THE COMMISSION TO THE COUNCIL, THE EUROPEAN PARLIAMENT, THE EUROPEAN ECONOMIC

3 - Da Administração Eletrônica à Administração Digital

A rapidez com que ocorrem as transformações tecnológicas, fazem com que, em questões de anos, todo um campo específico de conhecimento seja substituído e superado pelo surgimento de uma nova plataforma tecnológica e comunicacional. Nesse processo, seguindo a linha evolutiva da linguagem tecnológica, nas últimas décadas, assistiu-se a uma transformação no fluxo e armazenamento de dados, do formato eletrônico para o formato digital²⁷⁷.

E na esteira dessa nova plataforma comunicacional, surge uma outra expressão para qualificar essa nova fase estatal, caracterizado pela expressão em inglês *Digital Government* ou, Governo Digital, ou mais especificamente, Administração Pública Digital.

Um importante marco legal sobre a disciplina foi a recomendação internacional sobre Estratégias de Governo Digital, o “Recommendation of the Council on Digital Government Strategies”²⁷⁸, da Organização de Cooperação e de Desenvolvimento Econômico - OCDE.

Esse documento, assinado pelo Conselho Geral da OCDE em 15 de Julho de 2014, reveste-se de grande importância para o estabelecimento das bases de uniformização do tratamento da matéria a nível global, pois foi o primeiro

AND SOCIAL COMMITTEE AND THE COMMITTEE OF THE REGIONS, Brussels, 26.9.2003, pag. 7, disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2003:0567:FIN:EN:PDF>, acesso em agosto de 2014

²⁷⁷ Numa perspectiva tecnológica, assistiu-se a uma passagem da utilização de sistemas eletrônicos para a massificação da utilização de sistemas digitais. Do ponto de vista do armazenamento de dados, o Dicionário Brasileiro de Terminologia Arquivística define documento eletrônico como “gênero documental integrado por documentos em meio eletrônico ou somente acessíveis por equipamentos eletrônicos, como cartões perfurados, disquetes e documentos digitais.”, e documento digital como “documento codificado em dígitos binários, acessível por meio de sistema computacional.”, ARQUIVO NACIONAL (Brasil). Dicionário Brasileiro de Terminologia Arquivística. Rio de Janeiro: Arquivo Nacional, 2005, pag. 75. De maneira mais clara, um documento eletrônico é acessível e interpretável por meio de um equipamento eletrônico (aparelho de videocassete, filmadora, computador), podendo ser registrado e codificado em forma analógica ou em dígitos binários. Já um documento digital é um documento eletrônico caracterizado pela codificação em dígitos binários e acessado por meio de sistema computacional. Assim, todo documento digital é eletrônico, mas nem todo documento eletrônico é digital

²⁷⁸ OECD. Recommendation of the Council on Digital Government Strategies. Organisation for Economic Cooperation and Development, 2014. Disponível em <http://www.oecd.org/gov/digital-government/Recommendation-digital-government-strategies.pdf>, acesso em Janeiro de 2015

instrumento legal de caráter internacional sobre governo digital²⁷⁹, além de ter definido uma série de recomendações aos governos no sentido de otimizar o uso das TIC, objetivando a incorporação de estratégias mais abertas, participatórias e inovadoras aos governos²⁸⁰.

Nas linhas estabelecidas por esse documento, a definição de Governo Digital traz um aporte axiológico relacionando a utilização das Tecnologias de Informação e Comunicação com uma nova forma de interação do Estado com a sociedade, significando uma estratégia de modernização do governo através de interações construtivas e abertas com todos os atores sociais.

Nesse sentido, já sob influência dessa tendência, é o Decreto Federal nº 8.638/16, que instituiu a Política de Governança Digital no âmbito dos órgãos e das entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional no Brasil.

É nessa perspectiva que, nos termos do presente estudo, prefere-se o termo Administração Pública Digital, sendo entendida esta como uma nova fase da Administração, caracterizada pela utilização das Tecnologias da Informação e Comunicação no alcance das finalidades estatais, no âmbito da função administrativa, tanto nas suas relações externas como internas, significando mudanças organizacionais que otimizem a publicidade, legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência da administração, bem como se traduzam numa democratização das decisões administrativas.

Neste âmbito, o conceito de Governo Digital e Administração Pública Digital se afasta da definição de Governo Eletrônico ou Administração Pública Eletrônica, se traduzindo este num conceito genérico, caracterizado pela mera utilização das Tecnologias de Informação e Comunicação em sua forma de atuar²⁸¹.

²⁷⁹ OECD. Recommendation of the Council on Digital Government Strategies. Organisation for Economic Cooperation and Development, 201, pag 4

²⁸⁰ "The purpose of the Recommendation is to help governments adopt more strategic approaches for a use of technology that spurs more open, participatory and innovative governments", OECD. Recommendation of the Council on Digital Government Strategies. Organisation for Economic Cooperation and Development, 2014. pag. 3

²⁸¹ "E-Government refers to the use by the governments of information and communication technologies (ICTs), and particularly the Internet, as a tool to achieve better government." OECD. Recommendation of the Council on Digital Government Strategies. Organisation for Economic Cooperation and Development, 2014, pag. 6

Portanto, somente para o âmbito deste trabalho, sempre que houver a referência da doutrina ao termo Administração Eletrônica, entender-se-á aqui, como a fase da Administração imediatamente anterior à Administração Digital.

4 - O caminho da Administração Digital e suas fases evolutivas

A introdução de meios tecnológicos nas Administrações Públicas remete a tempos imemoriais, no entanto, a partir da década de 60 do século XX é que as estruturas estatais, principalmente dos países mais desenvolvidos, começam a incorporar a utilização de computadores nos seus ambientes de trabalho²⁸²²⁸³.

Diante das várias transformações e fases evolutivas que caracterizam essa relação entre a Administração Pública e os meios tecnológicos, existe uma variedade de análises que tentam identificar um padrão de implementação da Administração Digital nos Estados.

Carcenac, por exemplo, fala em quatro fases programáticas de implementação da Administração Digital: i) disponibilização de sítios eletrônicos institucionais; ii) instituição de teleprocedimentos, em que os serviços públicos oferecem a alternativa online de sua prestação; iii) a re-engenharia dos procedimentos administrativos, caracterizada pelo repensar dos fluxos e práticas administrativas nesse novo contexto; iv) administração cidadã, caracterizada pelo efetivo aproveitamento, pelos cidadãos, dos recursos tecnológicos, oferecendo serviços em rede²⁸⁴.

Os autores americanos Layne e Lee identificam quatro estágios de evolução da Administração: i) catalogação, caracterizado pela criação de páginas online e download de formulário via internet; ii) transação, marcada pela disponibilização de serviços interativos com os administrados através da internet, como o preenchimento de formulários e envio de correspondências; iii) integração vertical, em que as esferas administrativas passam a interagir e uniformizar o tratamento das

²⁸² Vittorio Frosini destaca a experiência de vanguarda da administração pública japonesa, que no ano de 1957 foi instalado o primeiro computador, nos serviços de meteorologia. Ver Vittorio Frosini, *Informática y Administracio Publica*, in *Revista de Administración Pública*, Set./Out., 1984, pag. 447

²⁸³ Cfr Filomena Gaspar Rosa, *A Administração Eletrônica e o Procedimento Administrativo: em especial o Direito de informação e de acesso à informação*, Tese de Mestrado em Direito Administrativo, Universidade de Lisboa, 2012

²⁸⁴ Cfr Thierry Carcenac, *Pour une administration électronique citoyenne*, Contribution aux débats, Rapport au Premier ministre, 2001

informações recebidas; iv) integração horizontal, último estágio do desenvolvimento, caracterizado pela interação das estruturas administrativas com os cidadãos, dispensando deslocamentos físicos²⁸⁵.

Para Gutiérrez, existem três fases características da evolução tecnológica da Administração, que se configuram pela análise de três fatores de desenvolvimento, a disponibilidade dos meios técnicos, a modificação do modelos organizativo e os reflexos jurídicos no quadro normativo do Estado²⁸⁶.

- A) Automatização - período em que os volumosos computadores são introduzidos nas administrações, mas que não se verificam alterações significativas no agir administrativos, que, ao nível organizativo, permanecem reproduzindo a estrutura centralizada e hierárquica da administração tradicional. Sob o aspecto jurídico, também não se observa relevantes mudanças, apesar do surgimento dos primeiros estudos de Direito Administrativo sobre a introdução de novas tecnologias na Administração²⁸⁷.
- B) Informatização - iniciada nos anos 80, essa fase é caracterizada pela introdução de equipamentos eletrônicos e dos computadores pessoais nas repartições públicas, bem como do surgimento da associação entre as telecomunicações e a informática, que culminou na criação da informática em rede, internet. Do ponto de vista organizativo, surgem as primeiras alterações na reorganização interna de tarefas administrativas, fruto do aumento da velocidade dos fluxos comunicacionais das informações. No aspecto jurídico, iniciou-se uma preocupação com a privacidade e segurança dos dados pessoais dos cidadãos recolhidos pelas Administrações, e pela necessidade de retificação desses dados²⁸⁸.
- C) Modernização - inicia-se em meados da década de 90 e é caracterizada pela tomada de consciência da Administração de que a simples introdução de meios tecnológicos não é suficiente para uma real mudança na forma de atuação administrativa. Sob o aspecto técnico, essa fase, ainda em evolução, se configura pela substituição quase total das tarefas administrativas através

²⁸⁵ Cfr Karren Layne e Jungwood Lee, *Developing fully functional e-government: A four stage model*, *Government Information Quarterly*, 2001, 18 ed., pag. 122-136

²⁸⁶ Cfr Rubén Martínez Gutiérrez, *Administración Pública Electrónica*, pag. 48 e ss

²⁸⁷ São escritos de 1959 "La cybernetique et l'administracion" de Lucine Mehl na *Reveu Administrative*, citado por Vittorio Frosini, *Informática e Administración Pública*, pag. 447-458

²⁸⁸ Cfr Vittorio Frosini, *Informática e Administración Pública*, pag. 453

dos aparelhos informáticos e da internet. Ocorre a inserção das TIC e a interação entre a Administração e os cidadãos passa a ser cada vez mais realizada nos ambientes virtuais. Concomitante a tal período, inicia-se a fase de reforma administrativa dos Estados e surgem as exigências de eficiência estatal, transparência e democratização. Nessa etapa, torna-se necessário o aparecimento de instrumentos jurídicos reguladores dessas novas situações relacionais, até então desconhecidas.

Numa proposta de identificação desses progressivos estágios da Administração Digital, a UNPAN - Rede de Administração Pública das Nações Unidas, distingue cinco fases: *i)* surgimento: lançamento de websites oficiais de órgãos públicos contendo informações básicas e estática, links e pouca interação; *ii)* aprimoramento: governos apresentam mais informações sobre políticas públicas e governança, apresentação de links com arquivos acessíveis aos cidadãos, como atas, leis, boletins e regulamentos; *iii)* interação: governos disponibilizam serviços online como o download de formulários e impressão de boletos, além disso, portais que incluem serviços de conveniência para os cidadãos; *iv)* transação: governos começam a se transformar através da introdução de mecanismos de interação entre cidadãos e governo, todas as transações de serviços passam a ser realizadas de forma online; *v)* conexão: esta é a fase mais avançada de iniciativas da Administração Digital e ocorre quando as Administrações tornam-se entidades conectadas que respondem às demandas dos cidadãos através de escritórios eletrônicos²⁸⁹.

De análise de todas essas classificações, nota-se que o último estágio de evolução da inserção das tecnologias nas Administrações tem como ponto comum: a) uma mudança da forma de atuação e da própria organização administrativa, propiciada pelas novas possibilidades instrumentais tecnológicas, e influenciada pelos valores democráticos e de eficiência pública; b) uma alteração na relação entre Administração e cidadãos, caracterizada pela crescente interação e

²⁸⁹ Cfr United Nations, E-government survey 2008: From E-government to connect governance". United Nations Publications, pag. 16. Disponível no sítio on line: <http://unpan3.un.org/egovkb/Portals/egovkb/Documents/un/2008-Survey/Complete-survey.pdf>, acessado em Julho de 2014;

participação efetiva dos administrados nas questões públicas, através de plataformas digitais e ferramentas tecnológicas.

Partindo do pressuposto de que todos os Estados, mais cedo ou mais tarde, atingirão essa última fase evolutiva da Administração Digital, é nessa etapa que se centrará o presente estudo, como será melhor desenvolvido no capítulo IV, infra.

5 - Administração Pública Digital na Europa

Na Europa, a Administração Eletrônica surge na década de 70, e quatro importantes instrumentos marcam o seu desenvolvimento. O primeiro deles é o “Livro verde sobre a informação do setor público na sociedade de informação”, de 1998, que representa um momento de transição do epicentro das políticas europeias relativas à sociedade da informação se desloca do setor privado para o público, e incentivou e conferiu ênfase no papel das administrações na promoção da educação dos cidadão e empresas para a utilização das TIC, enquanto fator essencial para o desenvolvimento econômico e social no espaço da União Europeia²⁹⁰.

No ano de 1999 foi lançada a iniciativa eEurope, que visou a necessidade das Administrações Públicas liderarem o processo de entrada dos atores sociais na sociedade da informação, através: i) do comércio eletrônico, facilitando e utilizando a contratação eletrônica; ii) desenvolvendo sistemas abertos de comunicação com os cidadãos, utilização da internet; iii) operar mudanças organizativas que permitam aproveitar todas as potencialidades das tecnologias da informação, orientando os serviços públicos para os cidadãos e empresas, especialmente na difusão de informações, na eficiência dos serviços e na participação dos cidadãos na tomada de decisões²⁹¹.

Em 2005 foi lançada a iniciativa “i2010 - Uma sociedade de informação para o crescimento e o emprego”²⁹², que integrou o plano de ação “Administração em

²⁹⁰ Livro verde sobre a informação do setor público na sociedade de informação em Portugal, Comissão Europeia, COM (1998), Governação Eletrônica

²⁹¹ Comunicação da Comissão ao Conselho e Parlamento, Plano de ação europeu para a sociedade da informação, COM (94), 347. Comissão das Comunidades Europeias, 1994. Aqui também refere-se a todas as atualizações da iniciativa eEurope realizadas pelas posteriores Comunicações da Comissão Europeia.

²⁹² Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comitê Econômico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões, “i2010 - Uma sociedade de informação para o crescimento e o emprego”, COM (2005) 229, Comissão Europeia, 2005

linha i2010”²⁹³, que destaca o papel das administrações na competitividade econômica dos Estado e foca seus esforços em aumentar a eficiência administrativa através do uso das TIC, no desenvolvimento de serviços alto impacto, criação de identificação eletrônica, assinaturas digitais, etc. Nas avaliações do programa de Administração em linha i2010, constatou-se que mais de 50% dos serviços públicos conseguiram ser totalmente disponibilizados em linha, no entanto, um dos principais entraves no desenvolvimento da Administração Digital foi o reduzido número de utilizadores dos serviços, o que provocou um esforço conjunto para combater a infoexclusão dos cidadãos²⁹⁴.

A Agenda Digital para a Europa surge em 2010²⁹⁵, com o objetivo de maximizar o potencial social e econômico das TIC, e em especial da internet, no espaço europeu. Essa iniciativa foca seus esforços na melhoria da literacia digital e na infoinclusão dos cidadãos (investindo na infra-estrutura de bandas largas de internet); ressaltou a importância das TIC para a eficiência energética dos Estados; recomendou a simplificação das normas referentes a assinaturas digitais e sistemas de autenticação; definiu como objetivo a revisão do quadro normativo em matéria de proteção de dados, reforçando os direitos dos cidadãos.

De forma resumida, pode-se dizer que o surgimento e a evolução da Administração Digital na Europa aparece, primeiramente, como um meio de estimular a economia e não como um fim em si mesma²⁹⁶. De início, é reconhecido o papel paradigmático da atuação dos Estados e de suas Administrações, como agentes impulsionadores do comércio eletrônico. Posteriormente, a União Europeia passa a reconhecer um maior protagonismo da Administração Digital, e suas iniciativas passam a conferir um papel cada vez maior dessa nova Administração na busca de eficiência administrativa, na alteração do modelo de funcionamento interno das administrações, com o apoio das tecnologias da informação, e na introdução de uma maior rapidez e simplicidade nos procedimentos administrativos.

²⁹³ Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comitê Econômico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões, “Administração em linha i2010: acelerar a administração em linha na Europa para benefício de todos, COM (2006)173, Comissão Europeia, 2006

²⁹⁴ Cfr. Filomena Gaspar Rosa, A Administração Eletrônica e o Procedimento Administrativo: em especial o Direito de informação e de acesso à informação, pag. 51

²⁹⁵ Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Econômico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões, Uma Agenda Digital para a Europa, COM(2010) 245 final/2, Comissão Europeia, 2010

²⁹⁶ Conforme destaca J. Ignacio Criado Grande, A europeización dos sistemas administrativos e as políticas públicas. Uma aproximación preliminar, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2010, pag. 79

Nos últimos anos, verificou-se que apesar das iniciativas da União Europeia terem produzido uma Administração Digital na generalidade dos Países Membros, agora o que ganha importância é o acesso desses serviços pelos cidadãos e empresas, voltando seus esforços para a promoção da massificação da utilização das formas tecnológicas de interação ofertadas pelas estruturas administrativas dos Estado pelos cidadãos²⁹⁷.

6 - Administração Pública Digital em Portugal

Em Portugal, o marco histórico da Administração Digital encontra-se no projeto INFOCID - Sistema Interdepartamental de Informação ao Cidadão, criado em 1991²⁹⁸, criado pelo Secretariado para a Modernização Administrativa, e que proporcionava o acesso à informações públicas através de sítios eletrônicos aos cidadãos, e significou primeiro passo da Administração portuguesa no mundo virtual²⁹⁹.

Outro importante momento no processo de informatização da Administração portuguesa foi o Livro verde para a Sociedade da Informação, do Ministério da Ciência e Tecnologia de 1997³⁰⁰. Esse documento conferiu especial importância ao caráter democratizante da utilização das TIC, e, nas suas próprias palavras, pode ser considerado como um “exercício inovador da democracia participada” em Portugal³⁰¹. Dentre as diversas matérias tratados pelo documento, para o que interessa ao presente trabalho, o Cap. 9 do Livro Verde discorre sobre questões de índole legislativa e administrativa, como a necessidade de enquadramento legislativo que equiparasse os documentos emitidos por meios eletrônicos e a assinatura eletrônica, aos documentos emitidos em papel e a assinatura

²⁹⁷ Cfr Filomena Gaspar Rosa, A Administração Eletrônica e o Procedimento Administrativo: em especial o Direito de informação e de acesso à informação, pag. 56-57

²⁹⁸ Cfr iGov, Do infocid aos balcões virtuais, eGovernment: O estado da arte em Portugal, 2010, pag. 5-7, disponível em <http://www.i-gov.org>, acesso em Junho de 2016

²⁹⁹ Conforme relata Filomena Rosa, essa iniciativa foi considerada demasiada avançada para a época, o que provocou uma escassa utilização do serviço pela população. Ver A Administração Eletrônica e o Procedimento Administrativo: em especial o Direito de informação e de acesso à informação, pag. 60

³⁰⁰ Missão para a Sociedade da Informação, Livro verde para a Sociedade da Informação, do Ministério da Ciência e Tecnologia, 1997

³⁰¹ Cfr Missão para a Sociedade da Informação, Livro verde para a Sociedade da Informação, pag. 7

autografada, além de prever alterações legislativas que visem melhorar o sistema de proteção de dados.

Posteriormente, uma série de medidas governamentais foram sendo implementadas para fazer avançar o processo de informatização da Administração portuguesa, como são exemplo as Resoluções do Conselho de Ministros n° 69/98, que estabeleceu o dever das repartições públicas em disponibilizar endereço de correio eletrónico; e a Resolução do Conselho de Ministros n° 95/99, na qual se destaca a obrigação do serviço público disponibilizar informações, publicações e formulários online.

Do ponto de vista jurídico, um importante marco legal foi o Decreto-Lei n° 135 de 1999, que expressamente pretende promover a modernização administrativa e foi o primeiro instrumento jurídico a admitir a prática de atos administrativos em suporte eletrónico. O referido Decreto-Lei regulamentou uma série de importantes questões para a consolidação da Administração Digital em Portugal, como o reconhecimento do correio eletrónico com suporte legítimo de comunicação administrativa³⁰², o direito de pedir certidões através de correio eletrónico³⁰³, a equivalência da correspondência transmitida via correio eletrónico com a enviada em suporte de papel³⁰⁴, etc.

De forma conclusiva, sem a intenção de pormenorizar toda a evolução da informatização da Administração portuguesa, segundo o estudo eGov Benchmark 2010, realizado pela Comissão Europeia, Portugal foi o país que mais se destacou no ranking europeu de disponibilização e sofisticação de serviços online³⁰⁵.

Segundo a doutrina americana, em 2001, Portugal era referido como um exemplo de país na fase da catalogação, que representava o primeiro dos quatro estágios dessa classificação³⁰⁶. Filomena Rosa, em dissertação sobre o tema, já no ano de 2012, qualifica Portugal como um país no estágio da integração vertical ou na fase de modernização, em razão da rápida evolução da primeira década do séc. XXI³⁰⁷.

³⁰² Artigo 14, n. 1 do Decreto-Lei n° 135/99

³⁰³ Artigo 18, n. 1 do Decreto-Lei n° 135/99

³⁰⁴ Artigo 26, n. 2 do Decreto-Lei n° 135/99

³⁰⁵ Cfr Digitizing Public Services in Europe: Putting ambition into action, 9th Benchmark Measurement, December 2010, European Commission, pag. 205

³⁰⁶ Cfr Karren Layne e Jungwoo Lee, Developing fully functional e-government, pag. 122-136

³⁰⁷ Cfr Filomena Gaspar Rosa, A Administração Eletrónica e o Procedimento Administrativo: em especial o Direito de informação e de acesso à informação, pag. 81

Pode-se dizer que as iniciativas no âmbito da União Europeia como eEurope 2005, i2010 e Agenda Digital Europeia impulsionaram e direcionaram Portugal a atingir um estágio de desenvolvimento de Administração Digital em que estão consolidadas as condições básicas para o surgimento de uma nova relação de interatividade entre Administração e os administrados, apesar da infoexclusão ainda ser um problema a ser enfrentado.

Por outro lado, o ordenamento jurídico português regulador da matéria, apesar de ser volumoso, se mostra fracionado em diversas normas, não existindo uma regulação comum da Administração Digital e de sua relação com os administrados³⁰⁸.

No entanto, conforme a previsão normativa contida no novo Código do Procedimento Administrativo português, que estabelece uma regra preferencial de uso de meios tecnológicos pela Administração na realização da atividade administrativa, parece que se centra no procedimento as principais discussões sobre o enquadramento jurídico da disciplina da Administração Digital, assunto que será abordado com mais especificidade nas linhas seguintes.

Para os fins que aqui se pretende, o exemplo de desenvolvimento da Administração Digital em Portugal, por possuir um estágio mais avançado em relação ao estágio brasileiro, serve de paradigma para indicar os principais desafios e dificuldades que a Administração Digital no Brasil deve enfrentar nos próximos anos.

³⁰⁸ Para mais desenvolvimentos ver a crítica de Filomena Gaspar Rosa, A Administração Eletrônica e o Procedimento Administrativo: em especial o Direito de informação e de acesso à informação, pag. 82

7 - Administração Pública Digital no Brasil

A origem da Administração Digital no Brasil remontam ao Decreto nº 99.180 de 15 de março de 1991, responsável pela reorganização e funcionamento dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios, que criou o “Sistema de Controle da Informática do Setor Público”, sob a responsabilidade da Secretaria da Administração Federal.

Em 1994, através do Decreto nº 1.048, o Sistema de Controle da Informática do Setor Público ganhou uma nova formatação, agora como Sistema de Administração dos Recursos de Informação e Informática, da Administração Pública Federal - SISP. Em 2011, o Sistema é objeto de nova alteração, através do Decreto nº 7.579, e passa a se chamar Sistema de Administração dos Recursos de Tecnologia da Informação - SISP, ganhando sua forma definitiva.

Em linhas gerais, cabe ao Sistema assegurar suporte de informação adequado, dinâmico, confiável e eficaz à Administração Pública Federal; estimular o uso racional dos recursos de informação e informática disponíveis aos órgãos governamentais, contribuindo para incrementar a qualidade do ciclo da informação; e integrar as áreas de TI do governo federal a partir da concatenação de esforços para o compartilhamento de experiências comuns e soluções adotadas.

Até o ano de 2000, a inserção das TIC na Administração Federal do Brasil estava intimamente relacionada ao Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, que alinhava-se às políticas estabelecidas pelo New Public Management³⁰⁹. Nesse sentido, em clara tentativa de aproximação da realidade do setor público às práticas de gestão estratégica de mercado, o PDRAE reconhecia de forma tópica e secundária, as TIC como ferramenta básica para o alcance dos objetivos perseguidos pela reforma administrativa proposta. Nesse sentido, as inovações tecnológicas foram sendo incorporadas pelos serviços públicos de maneira fracionada e lenta³¹⁰. Se destaca ainda, a criação dos primeiros sistemas informáticos integrados da Administração Pública, como o Sistema de Informações

³⁰⁹ Cfr Marco Cepik, Diego Rafael Canabarro e Ana Júlia Possamai, A Institucionalização do SISP e a Era Digital no Brasil, in Governança de TI: transformando a Administração Pública no Brasil, Marco Cepik e Diego Rafael Canabarro (org), CEGOV, Porto Alegre, 2014, pag. 44

³¹⁰ Nesse sentido ver Marco Cepik, Diego Rafael Canabarro e Ana Júlia Possamai, A Institucionalização do SISP e a Era Digital no Brasil, in Governança de TI: transformando a Administração Pública no Brasil, pag. 44

Organizacionais do Governo - SIORG e do Sistema Informatizado de Administração dos Serviços Gerais - SIASG, este último que representou o início da contratações pública por meios eletrônicos³¹¹.

Através do Decreto 03 de Abril de 2000, foi criado um Grupo de Trabalho Interministerial com a finalidade de examinar e propor políticas, diretrizes e normas relacionadas às novas formas eletrônicas de interação da Administração Pública. Nos diagnósticos realizados pelo GTTI identificou-se a existência de várias ações isoladas na área de serviços ao cidadão, oferecidos por meio da Internet como a entrega de declarações do Imposto de renda, divulgação de editais de compras governamentais, emissão de certidões de pagamentos e impostos, acompanhamentos de processos judiciais e prestação de informações sobre aposentadorias e benefícios da previdência social, entre outros³¹².

Posteriormente, o GTTI formulou a Programa de Governo Eletrônico para o Poder Executivo Federal³¹³, adotado pelo Decreto de 18 de Outubro de 2000, documento que teve o objetivo de direcionar a evolução da Administração Pública Digital no Brasil e estabeleceu várias frentes de trabalho e metas. O mesmo Decreto criou o Comitê Executivo de Governo Eletrônico - CEGE, com o objetivo de formular políticas, estabelecer diretrizes, coordenar e articular as ações de implantação do Governo Eletrônico³¹⁴.

³¹¹ “O Sistema Informatizado de Administração dos Serviços Gerais, denominado SIASG, está ramificado pelos órgãos e entidades da Administração Federal, por meio de 2.400 terminais informatizados. Sua implantação tem ocorrido de forma gradativa, sendo que já estão em funcionamento diversas ferramentas de apoio às compras e contratações, destacando-se o cadastro unificado, com cerca de 133 mil fornecedores cadastrados em todo o país, o sistema de registro de preços praticados nas licitações, a divulgação eletrônica dos editais de compras e contratações e o Comprasnet, site de serviços na Internet (www.comprasnet.com.br)”, Escola Nacional de Administração Pública, Reforma Empreendedora da Administração Pública: Ações do Período 1995-2001. Brasília, DF: ENAP, 2001, pag. 14,. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/Implementa- tion/enap.pdf>>. Acesso em Janeiro de 2015

³¹² Cfr Histórico do Programa de Governo Eletrônico Brasileiro, Governo Eletrônico, Brasil, Governo Federal, disponível em <http://www.governoeletronico.gov.br/sobre-o-programa/historico>, acesso em Junho de 2015.

³¹³ Disponível através de http://www.governoeletronico.gov.br/documentos-e-arquivos/E15_90proposta_de_politica_de_governo_eletronico.pdf, consulta em Janeiro de 2015

³¹⁴ Podem ser citadas como principais iniciativas do CEGE: regulamentação do portal “Rede Governo” – portal de serviços e informações do Governo Federal na Internet; adoção de regras e diretrizes para os sítios na Internet da Administração Pública Federal; Instituição do Portal Governo como ambiente virtual de interação interna dos órgãos da Administração Pública Federal; Instituição do Portal de Serviços e Informações de Governo E-Gov; Instituição do Inventário de Recursos de Tecnologia da Informação e de Comunicação – INVENTIC, com o objetivo de reunir as informações quantitativas a respeito de equipamentos, sistemas operacionais básicos, aplicativos de apoio, informações sobre redes locais e segurança, dos órgãos da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional. Para uma avaliação completa do avanço do e-Gov no Brasil de 2000 a 2002 pela ótica da SLTI/MP, ver o documento intitulado “Dois anos de Governo Eletrônico – Balanço

No mesmo ano foi lançado, pelo Ministério da Ciência e Tecnologia, o Livro Verde da Sociedade de Informação³¹⁵, que de forma idêntica ao seu homônimo português, tinha o objetivo guiar a inserção do país na sociedade da informação e estabelecer diretrizes políticas gerais para os administradores públicos dos distintos órgãos governamentais que planejassem ações e políticas públicas direta e indiretamente relacionados ao tema.

Dentre as metas fixadas por esse documento destacam-se o combate às desigualdades e a promoção da cidadania, no sentido de que “a universalização dos serviços de informação e comunicação é condição necessária, ainda que não suficiente, para a inserção dos indivíduos como cidadãos”; a reformulação do marco regulatório à nova realidade como forma de garantir a “compatibilização de padrões tecnológicos, leis de proteção a consumidores e autores, regimes de tributação de bens e serviços”.

No capítulo 6, “Governo para Todos” o Livro Verde trata, essencialmente, de e-Gov, especialmente da disponibilização de informações e serviços aos cidadãos via Internet, dos requisitos para a infraestrutura de redes para o governo, dos padrões técnicos e das diretrizes tecnológicas a serem adotados e da necessidade de legislação adequada para dar sustento à implementação das mudanças necessárias em cada um desses campos.

a) Administração Pública Digital e a procedimentalização da atividade administrativa

O procedimento administrativo, como quadro estruturador do desenvolvimento da atividade administrativa, parece ser o espaço adequado para a regulação jurídica da utilização das TIC pela Administração Pública, como um novo suporte de atuação administrativa e como elemento transformador da organização e da forma de relacionamento interno e externo da Administração com os outros sujeitos.

Preliminar”, que avalia o que se passou e estabelece metas para os anos subsequentes, disponível em

<http://www.governoeletronico.gov.br/biblioteca/arquivos/2-anos-de-governo-eletronico-de-2-de-dezembro-de-2002>

³¹⁵ Tadao Takahashi (Org), Sociedade da informação no Brasil: Livro Verde, Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia, 2000, disponível em <http://www.governoeletronico.gov.br/documentos-e-arquivos/livroverde.pdf> , acesso em Janeiro de 2015

Atento a esse fenômeno, o novo Código do Procedimento Administrativo português de 2005, institui um novo princípio procedimental, intitulado Princípio da Administração Eletrônica³¹⁶, que “abriu as portas a um acesso amplo aos meios eletrônicos ao longo do procedimento administrativo”³¹⁷, e estabelece um dever geral dos serviços administrativos disponibilizarem meios eletrônicos de relacionamento com a Administração Pública, especificamente para permitir que os interessados conservem todos os direitos legalmente protegidos e para que haja um ganho em eficiência, na transparência e na proximidade da Administração com os interessados.

Portanto, conforme corrobora o artigo 61º, n.1³¹⁸, do CPA português, a utilização de meios eletrônicos passou a ser a regra geral da conduta administrativa, admitindo-se exceção quando prevista uma proibição legal nesse sentido.

Na Espanha, foram introduzidos dispositivos relativos à utilização das TIC no procedimento administrativo através das alterações no Regimen Juridico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común - LRJPAC

³¹⁶ O referido princípio é previsto no artigo 14º do Código de Procedimento Administrativo português, in verbis: **Artigo 14.º - Princípios aplicáveis à administração eletrónica**

1 - Os órgãos e serviços da Administração Pública devem utilizar meios eletrônicos no desempenho da sua atividade, de modo a promover a eficiência e a transparência administrativas e a proximidade com os interessados.

2 - Os meios eletrônicos utilizados devem garantir a disponibilidade, o acesso, a integridade, a autenticidade, a confidencialidade, a conservação e a segurança da informação.

3 - A utilização de meios eletrônicos, dentro dos limites estabelecidos na Constituição e na lei, está sujeita às garantias previstas no presente Código e aos princípios gerais da atividade administrativa.

4 - Os serviços administrativos devem disponibilizar meios eletrônicos de relacionamento com a Administração Pública e divulgá-los de forma adequada, de modo a que os interessados os possam utilizar no exercício dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, designadamente para formular as suas pretensões, obter e prestar informações, realizar consultas, apresentar alegações, efetuar pagamentos e impugnar atos administrativos.

5 - Os interessados têm direito à igualdade no acesso aos serviços da Administração, não podendo, em caso algum, o uso de meios eletrônicos implicar restrições ou discriminações não previstas para os que se relacionem com a Administração por meios não eletrônicos.

6 - O disposto no número anterior não prejudica a adoção de medidas de diferenciação positiva para a utilização, pelos interessados, de meios eletrônicos no relacionamento com a Administração Pública.

³¹⁷ Cfr Fausto de Quadros, J. M. Sérvulo Correia, Rui Machete, J. C. Vieira de Andrade, Maria Garcia, Maria Aroso de Almeida, António Políbio Henriques, José Miguel Sardinha, Comentários à Revisão do Código do Procedimento Administrativo, Almedina, 2016, pags.42-43

³¹⁸ **Artigo 61.º - Utilização de meios eletrónicos**

1 - Salvo disposição legal em contrário, na instrução dos procedimentos devem ser preferencialmente utilizados meios eletrónicos, tendo em vista:

- a) Facilitar o exercício de direitos e o cumprimento de deveres através de sistemas que, de forma segura, fácil, célere e compreensível, sejam acessíveis a todos os interessados;
- b) Tornar mais simples e rápido o acesso dos interessados ao procedimento e à informação;
- c) Simplificar e reduzir a duração dos procedimentos, promovendo a rapidez das decisões, com as devidas garantias legais.

(Ley 30/1992) trazidas pela Ley 24 de 2001, que criou a possibilidade das entidades administrativas criarem registros informáticos de correspondência eletrônica (art. 38, n. 9), criou expressamente a possibilidade de se efetuarem notificações eletrônicas (art. 59, n. 3) e tornou obrigatória a comunicação eletrônica para grandes empresas e entidades públicas (art. 18º).

Destarte, o marco da Administração Digital na Espanha é a Ley n. 11 de 2007, a Ley de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos - LAECSP, que regulou a inserção das TIC na Administração espanhola, se configurando como o regime jurídico comum da Administração Digital em paralelo com o regime procedimental já regulado pela LRJPAC.

Além de tratar sobre os direitos do administrado (título I), domicílio eletrônico, formas de identificação e autenticação (título II) e a cooperação administrativa (título IV), a LAECSP regula todos os aspectos do procedimento eletrônico, também consignando a regra de utilização prioritária dos meios eletrônicos no desenvolvimento do procedimento, admitindo-se outras formas quando a utilização das TIC propiciar mais desvantagens do que vantagens, com base nos critérios estabelecidos no artigo n. 34º da LAECSP.

No Brasil, a Lei n. 9.784/99 não previu a possibilidade expressa de atuação administrativa por meios digitais ou eletrônicos, apesar dessa possibilidade poder ser extraída dos critérios dispostos no artigo 2º do referido diploma, que consigna o princípio da adequação entre os meios e fins do procedimento (inciso VI, art. 2º) e o princípio da adoção de formas simples (inciso IX, art. 2ª), partindo do pressuposto de que o uso das TIC não trará obrigações, restrições e sanções superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público.

Recentes diplomas normativos, sobre procedimentos administrativos específicos, tem seguido a tendência de estabelecer a regra de utilização prioritária dos meios tecnológicos, como é exemplo a Lei n. 12.457, Lei de Acesso à Informação, quando dispõe sobre a utilização prioritária de meios tecnológicos nos procedimentos referentes a concretização do direito de acesso à informação³¹⁹, o

³¹⁹ Lei nº 12.527/ 2011 - Art. 3º Os procedimentos previstos nesta Lei destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem ser executados em conformidade com os princípios básicos da administração pública e com as seguintes diretrizes:

III - utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação

Decreto nº 6.932/2009³²⁰ que estabelece a utilização de meios tecnológicos nos procedimentos administrativos no atendimento aos cidadãos.

Por fim, ressalta-se que no âmbito processual (Poder Judiciário) a Lei nº 11.419, de 2006, abriu caminho para a implementação do processo digital no Brasil, que se encontra em amplo crescimento e hoje significa uma revolução em termos da eficiência e racionalidade na tramitação processual no Brasil.

Apesar das distintas características entre procedimento e processo, a regulação do processo digital, bem como as experiências bem sucedidas de Portugal e Espanha, servem como marco norteador do avanço e das possibilidades de utilização das TIC pela Administração Pública no Brasil através do procedimento.

b) Administração Pública Digital e a participação administrativa

Numa acepção genérica de participação, a inserção de meios tecnológicos de informação e comunicação na estrutura estatal reacenderam o debate sobre as novas possibilidades de participação dos cidadãos na formação das decisões públicas.

Nesse contexto se inserem os debates sobre o que se convencionou chamar de “e-Democracy”³²¹ ou democracia digital/eletrônica, que inclui questões como voto eletrônico e a ampliação da participação dos cidadãos nas decisões políticas do Estado³²².

No entanto, a participação administrativa, ou seja, a participação dos cidadãos especificamente no desenvolvimento da atividade administrativa do

³²⁰ Decreto 6.932/2009 - Art. 1º Os órgãos e entidades do Poder Executivo Federal observarão as seguintes diretrizes nas relações entre si e com o cidadão:

VI - aplicação de soluções tecnológicas que visem a simplificar processos e procedimentos de atendimento ao cidadão e a propiciar melhores condições para o compartilhamento das informações;

³²¹ A noção de democracia digital faz referência a uma variedade bastante extensa de aplicações tecnológicas, incluindo ‘parlamentos populares’ televisionados ou júris cidadãos, voto eletrônico, atividades de lobby e campanha através de e-mails, redes cívicas e grupos de discussão eletrônica, prestação de serviços públicos através da internet., etc, ver Barry N. Hague e Brian Loader, Digital democracy: Discourse and Decision Making in the Information Age 1999, Routledge, Londres, pag. 3

³²² Nesse sentido, o próprio conceito de e-Government das Nações Unidas no documento World Public Setor Report 2003, E-Government at the crossroads, fala em participação como um elemento essencial do governo eletrônico, porém revela um sentido muito genérico desse termo, relacionando-o a intervenção dos cidadãos nos processos democráticos.

Estado, também passa a ter uma nova configuração face às transformações propiciadas pelo nascimento da Administração Digital.

Nas classificações evolutivas da Administração Digital, elencadas aqui no capítulo 4, “O caminho da Administração Digital e suas fases evolutivas”, observa-se que o último estágio de desenvolvimento evolutivo desse novo modelo de Administração é caracterizado por uma forte tendência de abertura dos processos decisórios à intervenção dos interessados.

O desenvolvimento das novas formas de interação comunicacional geram um ganho operativo, e fazem com que a utilização das TIC na forma de atuação da Administração amplie, consideravelmente, as possibilidades dos administrados participarem da formação das decisões administrativas, pois a inexistência de barreiras físicas e dos inconvenientes de tempo e recursos, propiciam o surgimento de um novo tipo participatório, a participação administrativa digital, que se configura como uma possibilidade de participação célere, efetiva e em consonância com todos os demais princípios reguladores da atividade administrativa³²³.

Nesse sentido, o CPA português, ao se referir a utilização das formas eletrônicas (art. 62º), dispõe sobre a função instrumental das TIC, como facilitadora do exercício de direitos (art. 62ª, a) e como simplificadora do acesso dos interessados ao procedimento (art. 62ª, b).

Esses dois dispositivos, se conjugados com o regime jurídico da participação administrativa (art. 267, n.1 da CRP e art. 12º do CPA) , e especificamente o direito da audiência prévia dos interessados, previsto no artigo 122º do CPA, configuram o núcleo central do regime jurídico da participação administrativa digital em Portugal, com referências expressas ao uso da teleconferência (art. 123º, 1) e da obrigatoriedade da Administração disponibilizar o procedimento em sítio eletrônico para a consulta dos interessados (art. 122º, 3).

No regime jurídico brasileiro, além da norma constitucional de participação administrativa prevista no §3º do artigo 37 da CF, ainda pendente de regulação, o artigo 4º do Decreto n. 8.243/2014³²⁴ estabelece como um dos objetivos do Plano

³²³ Augustí Cerrillo assim leciona sobre o tema: “El uso de los medios electrónicos en la participación administrativa supone establecer mecanismos que facilitan la interacción entre las administraciones públicas y los ciudadanos y no únicamente una relación unidireccional”, e-Administración, pag. 98

³²⁴ Decreto 8243/2014 - Art. 4º São objetivos da PNPS, entre outros:

VI - incentivar o uso e o desenvolvimento de metodologias que incorporem múltiplas formas de expressão e linguagens de participação social, por meio da internet, com a adoção de tecnologias

Nacional de Participação Social, o incentivo ao uso de meios tecnológicos, como a internet e outras “tecnologias livres de comunicação e informação”, na concretização do direito de participação administrativa, pelos órgãos e agentes da Administração Pública Federal.

As potencialidades da participação administrativa através das TIC se revelam com maior operatividade transformadora em questões em que envolvem uma grande quantidade de sujeitos, principalmente quando se discute direitos e interesses difusos e coletivos, onde os fatores de tempo e espaço atuam como limitadores práticos do exercício do direito de participação.

Nesse sentido, a lei que regula o procedimento administrativo a nível federal no Brasil, Lei n. 9.784/99, dispõe sobre a possibilidade de se instaurar o procedimento de consulta (art. 31) ou audiência pública (art. 32) quando haja um “interesse geral” ou diante da “relevância da questão”, para propiciar a participação dos interessados sobre a matéria antes da decisão administrativa.

Para a efetivação da participação procedimental desta espécie, o §2º do artigo 29 da referida lei, traz a regra da obrigatoriedade da estipulação de meios menos onerosos aos interessados procedimentais, configurando, assim, um espaço ideal de utilização das TIC como concretizadora do direito de participação procedimental.

livres de comunicação e informação, especialmente, softwares e aplicações, tais como códigos fonte livres e auditáveis, ou os disponíveis no Portal do Software Público Brasileiro;

IV - A Participação administrativa procedimental num contexto da Administração Digital: uma contribuição para uma noção operativa no ordenamento jurídico brasileiro

Destarte a carência de elementos legais que propiciem a efetividade do direito de participação administrativa no ordenamento jurídico brasileiro, a conjugação dos fenômenos da procedimentalização da atividade administrativa e do surgimento de uma Administração Digital, trazem novos elementos ao debate sobre essa disciplina, sendo papel da ciência jurídica contribuir para a evolução doutrinária da matéria.

Numa visão geral, observa-se uma tendência mundial de consolidação e intensificação das garantias dos cidadãos perante à Administração Pública, que se traduz numa exigência de atuação através de um procedimento justo, que oportunize aos interessados um espaço de manifestação adequado sobre os elementos que farão parte da decisão³²⁵.

Ao mesmo tempo, o processo de modernização das Administrações Públicas dos Estados vem transformando profundamente os instrumentos clássicos de atuação da Administração, exigindo uma releitura da aplicação do Direito Administrativo, agora num *ambiente virtual*, e vem possibilitar uma configuração totalmente nova de certos direitos, como se destaca o direito a participação administrativa.

Nesse sentido, nos limites de uma abordagem não exaustiva e tendo como objeto o ordenamento jurídico brasileiro, se fará um esforço para a densificação da norma constitucional de participação administrativa, através do procedimento, no contexto de uma Administração caracterizada pelo uso das TIC na sua forma de atuar e se relacionar, e por uma mudança organizacional tendente a abertura democrática.

Por conseguinte, o presente tópico se dividirá em quatro partes estruturais, cada uma delas com um desdobramento específico do *direito de participação administrativa procedimental digital*, numa abordagem operativa, reflexo de uma

³²⁵ Sobre o surgimento de um “direito global” ou um “princípio global” ao procedimento equitativo, ver J.M. Sérulo Correia, Administrative due or fair process: different paths in the evolutionary formation of a global principle and a global right, in Values in global Law, Oxford, 2011, pag. 313 e ss

interpretação sistemática dos princípios gerais da atividade administrativa, previstos no caput do art. 37 da Constituição Federal do Brasil, e dos outros elementos legais.

1 - O Princípio Constitucional da Eficiência e o direito de participação procedimental através de meios tecnológicos da informação e comunicação

Diante do novo contexto carregado pelo surgimento da Administração Pública Digital, os princípios gerais reguladores da atividade administrativa ganham uma nova roupagem jurídico-normativa, numa espécie de releitura de suas principais implicações dentro da nova realidade a que está inserida a Administração e a sociedade, de forma geral.

Neste ínterim, considerando a transformação dos meios pelos quais a Administração Pública se relaciona com os administrados, massivamente dominado pelas tecnologias de informação e comunicação, surge o debate sobre a existência de um princípio de livre acesso à Administração Pública Digital, ou um direito de participação administrativa através das TIC.

Em Portugal, não se pode falar propriamente num direito de participação administrativa através dos meios digitais, no entanto, o novo CPA (art. 62º) estabeleceu uma regra geral de atuação procedimental digital, tendo em vista a facilitação do acesso aos interessados e a simplicidade e celeridade do procedimento.

Na Espanha, face à expressa previsão legal (art. 1º da LAECSP) do direito dos cidadãos se relacionarem com a Administração “através meios eletrônicos”, o debate parece superado. No entanto, interessante é notar que, mesmo antes do referido diploma legal, alguns autores já defendiam um direito de relacionamento através das TIC, como decorrência direta do princípio da eficiência administrativa.

Para Valeró, a utilização das TIC nas relações com a Administração, é uma garantia administrativa, reflexo do princípio da eficiência, um pressuposto da boa administração, que dentre os meios disponíveis, elege aquele que melhor satisfaça a consagração dos bens jurídicos protegidos constitucionalmente³²⁶.

³²⁶ Cfr Julián Valeró Torrijos, La nueva regulación legal del uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en el ámbito administrativo: ¿el viaje hacia un nuevo modelo de Administración, electrónica?, in Revista Catalana de Derecho Público, num. 35, 2007, pag. 209 e ss

Nessa linha, no que toca à disciplina da participação procedimental, a questão aqui é saber se do princípio da eficiência decorre uma obrigatoriedade de atuação administrativa através de meios tecnológicos. A ausência de lei vinculativa da conduta da Administração nesse sentido, traz a questão para análise da juridicidade administrativa.

A ausência de uma lei expressa que determine tal comportamento não exime a Administração Pública em incorrer num vício de conduta. Isto porque, mesmo sem existir afronta legal, a atuação administrativa pode contrariar o espírito do ordenamento jurídico, e daí ser viciada de antijuridicidade, por ofensa aos demais princípios reitores da atuação administrativa.

A inserção do princípio da eficiência no caput do art. 37 da Constituição Federal, não deixa dúvidas que a exigência de eficiência é um dos postulados orientadores de toda Administração Pública. Desse modo, toda atuação administrativa que se revelar contrária a esse princípio deve ser considerada ineficiente, e por conseguinte, violadora da juridicidade.

A doutrina brasileira tem divergido quanto ao valor jurídico da norma de eficiência, aproximando-o do conceito de eficiência econômica da ciência da Administração³²⁷. No entanto, parece existir um conteúdo jurídico próprio da eficiência, baseada na relação entre meios e fins, que orienta uma atuação administrativa que maximize o alcance do interesse público através da utilização ótima dos meios disponibilizados, não necessariamente relacionada ao aspecto meramente econômico³²⁸.

A ineficiência, portanto, possui dois aspectos: decorre tanto da eleição de um meio ineficiente, como também, de uma inação da Administração Pública na escolha do meio mais eficiente.

Nesse sentido, em aprofundado estudo sobre o tema, Onofre Júnior elenca sete elementos básicos na densificação do princípio da eficiência: produtividade, economicidade, celeridade e presteza, qualidade, continuidade e desburocratização³²⁹.

Tradicionalmente, as exigências de celeridade, presteza, economicidade e desburocratização tem servido como fator limitador da concretização da

³²⁷ Por todo ver José Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional Positivo, pag. 671

³²⁸ Cfr Onofre Júnior, Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa, Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa, Mandamentos Editora, Belo Horizonte, 2004 pag. 224

³²⁹ Cfr Onofre Alves Batista Júnior, pag. 223 e ss

participação, pois em razão dos meios limitados e onerosos na sua instrumentalização, a participação possuía a desvantagem de alongar e encarecer os processos decisórios, levar ao formalismo excessivo, engessar a atividade administrativa colocando obstáculos a tomadas de decisões etc.

A alteração desse contexto fático e operativo oportunizado pela Administração Digital, referente à incorporação estatal de meios tecnológicos que propiciam uma interação entre a Administração e os particulares de maneira simples, fácil, célere e desburocratizada, exige uma leitura atualizada sobre a extensão dos limites que a eficiência traz para a concretização de uma participação administrativa através das TIC.

De forma conclusiva, pode-se extrair do princípio da eficiência administrativa um direito de participação procedimental através de meios tecnológicos, quando a utilização das TIC significar um ganho de:

- a) Produtividade, que em outras palavras se traduz no cumprimento do interesse público através do meio menos dispendioso. Quer dizer, a relação através das TIC não pode significar um meio mais oneroso de atuação;
- b) Economicidade, que significa a escolha pela via mais racional, em termos de recursos financeiros. Aqui, a utilização das TIC deve revelar uma economicidade em termos de economia de tempo, recursos físicos, recursos humanos;
- c) Qualidade, que deve significar uma melhor prestação na qualidade do serviço público oferecido de forma virtual, não podendo haver uma perda da qualidade em função do uso de ferramentas tecnológicas;
- d) Celeridade e presteza, que relaciona-se a o incremento na otimização do tempo, umas das principais características da atuação através das TIC, que proporciona um incremento na velocidade da atuação administrativa;
- e) Continuidade dos serviços públicos, que é uma dos principais ganhos da utilização das TIC, pois estes são disponibilizados de forma contínua e ininterrupta através da internet, sem os constrangimentos de horários e dias úteis;
- f) Desburocratização, que se relaciona com a melhora no fluxo informativo, significando uma simplificação e eliminação de etapas desnecessárias, revelando-se como uma vantagem operativa do uso das TIC.

2 - O princípio da publicidade e a exigência de publicização através das TIC como instrumento garantidor da participação administrativa procedimental

Na linha da abordagem tratada no capítulo I, *infra*, sobre as condições configuradores do ônus da Administração Pública de atuar mediante o procedimento administrativo, observou-se que essa exigência se configura como um desdobramento do princípio do devido processo legal, sempre que ocorrer uma contraposição de interesses em relação ao conteúdo da decisão administrativa a ser proferida.

Desse modo, a participação administrativa através do procedimento somente se efetivará caso os interessados tomem conhecimento, de maneira prévia, sobre o conteúdo a ser tratado no âmbito da decisão administrativa a ser proferida, oportunizando, dessa maneira, uma intervenção participativa.

Conclui-se, portanto, que a comunicação ou publicização da matéria administrativa que será base para a posterior decisão, que no direito português se assemelha à publicização do início do procedimento (art. 98º do CPA) ou a notificação do início do procedimento (art. 110º do CPA), é, primeiramente, um pressuposto e instrumento possibilitador da formação da relação procedimental, como também, por conseguinte, um garantidor da participação procedimental, podendo ser considerado como o primeiro fator de substancialidade da participação³³⁰.

O dever administrativo de publicizar seus atos é consequência direta do princípio geral da publicidade. De forma genérica, o princípio da publicidade é uma condição e um requisito lógico do próprio Estado de Direito, em que a validade de toda norma de conduta social requer seu prévio conhecimento por parte de seu destinatário, que se configura pela publicação³³¹.

A Constituição brasileira consagrou o princípio da publicidade em diversos dispositivos: princípio da publicidade administrativa, previsto no art. 37, caput; princípio da publicidade e motivação das decisões judiciais e administrativas, previsto no art. 93, IX e X – afetos ao Poder Judiciário e às funções jurisdicional e administrativa; o “direito à informação”, previsto no art. 5º, XXXIII, pelo qual todos

³³⁰ Sobre a umbilical ligação entre a publicização do objeto procedimental e a participação ver David Duarte, *Procedimentalização, Participação...*, pag. 150-151

³³¹ Ver Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Curso de Direito Administrativo*, 16 ed. Forense, 2014, pag. 87

têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado – é importante ressaltar que tal direito não se restringe à informação somente de interesse do indivíduo, mas também de interesse coletivo ou geral; e o princípio da publicidade dos atos processuais, previsto no art. 5º, LX, pelo qual a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem.

Existe, portanto, uma dupla vertente do princípio da publicidade: na perspectiva subjetiva, do direito à informação, como garantia de participação e controle social dos cidadãos (disposições relacionadas ao artigo 5º da CF), numa perspectiva objetiva, de atuação da Administração Pública, como um dever em sentido amplo (disposição relacionada ao artigo 37 da CF)³³².

Quanto à perspectiva objetiva, vê-se que o princípio da publicidade informa toda a atividade administrativa, configurando-se num “dever administrativo de manter plena transparência em seus comportamentos”³³³, considerado enquanto um “princípio instrumental”³³⁴, indispensável para o controle jurídico de toda atuação administrativa.

Toda a forma de atuação da Administração Pública requer um conjunto mínimo de publicidade para garantir sua validade jurídica, e esses requisitos mínimos de publicidade variam de acordo: a) com a natureza jurídica da forma de atuação - ato administrativo, contrato administrativo, etc; b) com o regime infraconstitucional referente a forma de atuação administrativa; e c) com as condições materiais disponíveis para a concretização da exigência de publicização.

Considerando a atuação administrativa em sua generalidade, o dever de publicização existirá de forma incontroversa sempre que houver exigência legal específica de publicação ou comunicação do comportamento do órgão público.

Isto é, decorre de imposição encontrada em norma legal. Esta pode trazer a exigência de publicação ou comunicação³³⁵ (formas de publicidade) ou pode falar,

³³² Nesse sentido ver Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, Curso de Direito Constitucional, 6º ed, 2011, pag. 888

³³³ Cfr Celso Bandeira de Mello, Curso de Direito Administrativo, pag. 104

³³⁴ Cfr Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Curso de Direito Administrativo, pag. 87

³³⁵ Comunicação aqui no sentido de “notificação”, de comunicação pessoal, em que o destinatário da comunicação é determinado.

também, em publicidade, genericamente, somente impondo a divulgação de determinada manifestação do órgão público de forma expressa.

Esse dever também pode ser extraído da relação instrumental com outros direitos, ou até mesmo de uma interpretação sistemática do bloco normativo vinculador da atividade administrativa.

Noutra vertente, numa visão subjetiva do princípio da publicidade, o direito à informação é um direito subjetivo fundamental relativo ao exercício da cidadania e a forma democrática do Estado. O Direito de acesso à informação pública deriva-se do direito fundamental à informação e tem sua operatividade relacionada diretamente ao dever objetivo do Poder Público em prestar as informações que detém.

Nessa linha, como já referido em linhas anteriores, foi publicada a Lei nº 12.527/2011, a Lei de acesso à informação, que trata a regulamentar o direito de acesso à informação no Brasil e estabeleceu as diretrizes básicas para todo o Poder Público, nas esferas Federal, Estadual, Municipal e do Distrito Federal.

Dois preceitos básicos da Lei nº 12.527/2011, contidos no inciso do artigo 3º, são a divulgação de toda informação de interesse público³³⁶, independentemente de qualquer solicitação dos interessados e a utilização de meios de comunicação viabilizados pelas TIC para publicização dessas informações³³⁷.

Da conjugação desses dois dispositivos pode-se extrair uma regra geral que impõe um ônus de atuação à Administração Pública, no sentido de publicização de suas informações através de meios tecnológicos, devendo ser interpretada em conformidade com os outros princípios informativos da atividade administrativa, no sentido de ampliar ao máximo as possibilidades de divulgação dos comportamentos do Estado, excetuadas as hipóteses de sigilo devidamente justificáveis.

Na perspectiva aqui abordada, numa ótica procedimental, o que se revela relevante é a configuração do dever da Administração Digital em dar ciência aos interessados da existência de uma futura decisão administrativa que trará

³³⁶ Na esteira das definições trazidas pelo diploma legal, pode-se conceituar informação de interesse público como toda informação que não se enquadre nas definições de informação sigilosa, ou seja, informação de interesse público é toda informação não submetida temporariamente à restrição de acesso público em razão de sua imprescindibilidade para a segurança da sociedade e do Estado.

³³⁷ Lei nº 12.527/2011, artigo 3º inciso II, in verbis: Art. 3º Os procedimentos previstos nesta Lei destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem ser executados em conformidade com os princípios básicos da administração pública e com as seguintes diretrizes:
II - divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações
III - utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação;

modificações na sua esfera jurídica, “oferecendo-lhes a possibilidade de se prover de informações que repute relevantes para a apreciação *in fieri* do seu caso”³³⁸.

Ainda mais, essa possibilidade deve ser oferecida ainda dentro do ciclo de formação da decisão administrativa, ou seja, os interessados devem ter acesso a informações públicas como condição para ocupar uma posição procedimental e, dessa forma, poderem ter a oportunidade de participar e moldar o conteúdo da decisão que os vai afetar³³⁹.

Importa aqui distinguir que o que se discute é a publicização oficiosa do órgão com a responsabilidade decisória, sem que haja qualquer solicitação do interessado. Sobre as situações em que o interessado toma a iniciativa de solicitar informações aos órgãos públicos, o dever da Administração em prestar as informações solicitadas não abarca grandes controvérsias, sendo especificamente regulado pelo artigo n. 10 da Lei n. 12.527/2011.

Portanto, o que irá se considerar no presente tópico é o enquadramento jurídico do princípio da publicidade como garantidor da participação administrativa procedimental numa Administração Digital, nas situações em que não há requerimento ou solicitação de informações por parte dos interessados, quando a administração age de ofício, especificamente no momento anterior a decisão administrativa.

Desde logo, observa-se que existe uma clara impossibilidade material de publicização, por parte da Administração Pública, de todas as informações que, de algum modo, venham a ser consideradas para uma futura decisão administrativa que atinja algum administrado³⁴⁰.

³³⁸ Nesse sentido ver Jorge Miranda, Direito de Informação dos Administrados, in Revista O Direito, ano 120, 1988, pag. 459

³³⁹ Lecionando sobre o tema, o Professor Jorge Miranda, ainda na década de 1980 e antes mesmo da publicação do primeiro Código de Procedimento Administrativo português, falava na inserção de garantias formais ao fenómeno decisório, convenientes para a salvaguarda da imparcialidade, da justiça e da razoabilidade no momento ainda da formação da decisão administrativa. Evidencia-se assim, que mesmo na ausência de uma codificação exaustiva sobre o procedimento administrativo, como é o caso do Brasil, existem requisitos mínimos de publicidade que devem pautar a conduta da Administração Pública antes da tomada da decisão administrativa. Para mais desenvolvimentos ver Jorge Miranda, O Direito de Informação dos Administrados, in Revista O Direito, ano 120, 1988, pag. 457 e ss

³⁴⁰ Nesse sentido, em comentário sobre o princípio da publicidade, ver Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco: “Obviamente, é impossível à administração comunicar exaustiva e materialmente todos os atos praticados às pessoas que podem sentir seus efeitos.”, ver Curso de Direito Constitucional, pag. 865

No contexto de uma Administração tradicional, é dizer, *Administração não Digital*, a capacidade técnica e financeira dos órgãos públicos são fatores condicionantes do grau de densificação jurídica do ônus de publicização das informações públicas.

No entanto, os novos processos tecnológicos vem oportunizando um aumento na capacidade dos órgãos estatais na informatização e compartilhamento de informações públicas, significando um ganho incomensurável na velocidade do fluxo comunicacional e na capacidade da Administração divulgar seus atos. Esse fenômeno tem trazido novos elementos que alteram as exigências mínimas de publicização das informações e reorientam o princípio da publicidade³⁴¹.

Nos limites do presente estudo, a questão central aqui é saber em que grau a transformação na capacidade material de comunicação e divulgação de informações da Administração Digital altera o ônus de publicização das condutas administrativas, no seu dever de informar, de ofício, os particulares e oportunizar a manifestação sobre o conteúdo de decisões que possam interferir na sua esfera jurídica.

Não é difícil antever que tal tarefa possui uma grande complexidade, diante dos circunstancialismos concretos desse exercício de previsão da Administração³⁴². Aqui divide-se a questão em dois pontos principais, primeiramente, é saber quem é o titular do direito de ser avisado e, posteriormente, a forma e conteúdo que a Administração Pública Digital deve concretizar essa publicização.

O aviso dos atos preparatórios da decisão administrativa abarca duas espécies distintas, a depender do tipo de interesse que é tocado: a) nas decisões que venham a interferir em interesses individuais, o dever de aviso se manifesta pela notificação administrativa; b) nas decisões que incidem sobre direitos difusos ou coletivos, fala-se em publicidade *stricto sensu* ou divulgação.

³⁴¹ Um exemplo da transformação que o avanço tecnológico tem trazido para a configuração desse princípio é a obrigação de divulgação de dados e informações financeiras e orçamentárias na internet, instituída pela Lei nº 9.755/98, que criou o que se convencionou chamar de Portal da Transparência, importante instrumento de controle social dos gastos públicos e transparência administrativa no Brasil.

Também nesse sentido, o § 2º do artigo 8º da Lei nº 12.527/2011 impõe um requisito específico na forma de divulgação da informação de interesse geral, impondo aos órgãos públicos o dever de utilização de todos os meios e instrumentos legítimos de que dispuserem, sendo obrigatória a divulgação em sítios oficiais da rede mundial de computadores. Também sobre o tema ver Gilmar Mendes e Gustavo Branco, Curso de Direito Constitucional, pag. 864

³⁴² Sobre o tema Pedro Machete menciona a necessidade de buscar um critério seguro diante dos extensos deveres de notificação que surgem para a Administração, ver A audiência dos interessados no procedimento administrativo, pag. 418

Na primeira hipótese os titulares do direito de aviso são os legitimados à defesa de suas posições subjetivas, e nesse sentido o aviso deve ser pessoal e ter seu destinatário determinado ou determinável. O Código de Procedimento Administrativo português trata da matéria no artigo 110º, dispondo sobre a obrigatoriedade da Administração notificar aqueles cujos direitos ou interesses legalmente protegidos possam ser lesados pelos atos, e somente exime a Administração de tal dever quando houver lei expressa nesse sentido ou se tratar de matéria de natureza secreta ou confidencial.

Mais ainda, o CPA trata das comunicações eletrônicas, prevendo a utilização de meios eletrônicos na notificação de início do procedimento, caso o particular consinta expressamente para tal ou caso ele tenha se comunicado com a Administração através destes meios (art. 63º); dispõe sobre a obrigatoriedade da publicação de edital e anúncio de notificação na Internet (art. 112º, n. 3) ; e no caso das pessoas coletivas, estabelece a possibilidade de comunicação por via eletrônica no correio eletrônico, telefone ou telefax mesmo sem o consentimento prévio da entidade (art. 112, n. 2, a).

Na Espanha o artigo 59º Ley 307/1992 estabelece como requisito para a notificação por meios eletrônicos o fato do interessado ter expressamente autorizado o seu uso e identificado o endereço eletrônico para efeitos de notificação. Também indica o decurso do prazo de 10 dias sem que o destinatário acedido ao conteúdo da notificação efetuada para o endereço eletrônico indicado, a notificação considerar-se rejeitada, nos mesmos moldes que a notificação tradicional, e o procedimento seguem seu curso normal, a menos que, oficiosamente ou a pedido do interessado, se comprove a impossibilidade técnica em aceder ao conteúdo material da notificação³⁴³.

No Brasil a Lei 11.196/2005, alterou o procedimento tributário, permitindo que as intimações possam ser realizadas por via eletrônica, disposição prevista no inciso III, do artigo 23. O dispositivo exige que seja realizada prova de recebimento, e caso nenhum meio de notificação se mostre adequado, exige a publicação da notificação no site da administração tributária na internet. Através do Centro Virtual de Atendimento ao Contribuinte (E-CAC) a Administração tributária brasileira permite

³⁴³ Cfr Monserrat Tintó Gimberat, Administración electrónica y ciberprocedimento, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, in http://www.upf.edu/obsei/pdf/pub_quadern_02_es.pdf. acesso em Janeiro de 2015

que os contribuintes possam realizar um cadastro e aderir ao domicílio tributário eletrônico (DTE), permitindo que qualquer notificação ou intimação tributária seja realizada eletronicamente.

Apesar dessa referência específica no procedimento tributário, inexistente uma regulação geral da matéria no ordenamento jusadministrativo. Contudo, isso não impossibilita a construção do contorno jurídico básico da operatividade da notificação digital, já que aqui não se trata de um campo com ampla margem discricionária da Administração, “pois que tem direito de participar, ou ser ouvido, tem o direito de ser notificado”³⁴⁴, e a utilização massiva desse meios tem sido uma realidade prática das Administrações hodiernamente.

Nessa linha, com fundamento nos artigos 3º e 8º da Lei n. 12.527/2011 e, citados infra, e considerando o contexto de uma Administração Digital, pode-se avançar no sentido de estabelecer que a notificação por vias digitais deve ocorrer:

- a) sempre que sua utilização significar um aporte ampliativo no direito de participação no procedimento, viabilizando um tempo maior entre o aviso e prática de atos pelos interessados, e desse modo repercute numa economia de tempo e recursos aos particulares;
- b) quando os mecanismos digitais ofereçam garantias mínimas de segurança e certeza no recebimento da comunicação (como mecanismos de feedback de leitura de correio eletrônico, recebimento magnético ou através de assinaturas digitais);
- c) sempre que a Administração não obtiver qualquer informação sobre o interessado, além do seu endereço eletrônico, sendo obrigatório também, neste caso, a divulgação da notificação em seu sítio oficial na internet.

Em relação às decisões administrativas que repercutem sobre interesses difusos e coletivos, o ônus de publicização das informações públicas possuem um caráter geral, em que existem uma pluralidade de interessados. Fala-se aqui, não em notificação, mas em divulgação ou publicidade stricto sensu.

Nesse sentido, de forma idêntica, o CPA português fala em “publicitação do início do procedimento”, art. 98º, no título referente aos regulamentos administrativos, trazendo a obrigatoriedade da entidade pública divulgar o início do procedimento no seu sítio institucional na internet, com o objetivo de oportunizar a participação procedimental dos interessados.

³⁴⁴ Cfr Denis Galligan, em regra que tem o direito de ser ouvido tem direito de ser avisado, o que não afasta a dificuldade que pode surgir na identificação de quem deve ser avisado, ver D. J. Galligan, *Due process and fair procedures: a study of administrative procedures*, pag. 357

Trazendo a matéria para a realidade brasileira, pode-se afirmar que o dever de publicidade (*stricto sensu*) de informações públicas, referentes a interesses difusos e coletivos, deve acompanhar o grau de evolução da capacidade material da entidade administrativa em divulgar tais informações.

Isso equivale dizer, que a publicidade das informações públicas, relevantes para uma futura decisão administrativa, através dos sítios institucionais das entidades públicas na internet é um elemento constitutivo do dever de publicidade, e reflexo imediato do princípio da publicidade na Administração Digital.

Dessa forma, fala-se aqui não numa faculdade da entidade administrativa disponibilizar essas informações na internet, mas em um ônus de publicização, sendo passível de repercutir numa posterior invalidade da decisão, caso não cumprido o referido dever num prazo razoável, para que garanta uma oportunidade real dos interessados manifestarem-se e participarem do procedimento.

3 - O Princípio da impessoalidade administrativa como exigência de tratamento isonômico dos interessados através das TIC

Da análise do conteúdo jurídico do princípio constitucional da impessoalidade, a doutrina brasileira se divide em duas posições principais. A primeira fundamenta que a impessoalidade é uma dimensão do princípio da igualdade, o qual impõe à Administração tratar igualmente a todos que estejam na mesma situação fática e jurídica, vedando qualquer tratamento discriminatório ou mais benéfico, de pessoas ou grupos³⁴⁵.

Outros autores buscam um significado autônomo para a impessoalidade, o que fazem aproximando-o da idéia de imparcialidade, entre eles estão Lucia Valle Figueiredo³⁴⁶, Carmem Lúcia Antunes Rocha³⁴⁷ e Ana Paula Oliveira Ávila³⁴⁸.

³⁴⁵ Seguindo essa linha Hely Lopes Meirelles, Direito Administrativo Brasileiro, pag.94; Celso Bandeira de Mello, Curso de Direito Administrativo, pag. 81; Juarez Freitas, O Controle dos Atos Administrativos e os princípios fundamentais, pag. 49 e ss

³⁴⁶ Cfr Lucia Valle Figueiredo, Curso de Direito Administrativo

³⁴⁷ Cfr Carmem Lúcia Antunes Rocha, o princípio da impessoalidade da CF de 1988 expressa conteúdo semelhante ao princípio da imparcialidade trazido pela Constituição Portuguesa de 1976, art. 266º, n. 2, ver Princípios Constitucionais da Administração Pública, Belo Horizonte: Del Rey, 1994, pag. 147. Do mesmo modo, tratando impessoalidade como imparcialidade ver Juarez Freitas, O Controle dos Atos Administrativos e os princípios fundamentais, pag. 49 e Onofre Júnior, Transações Administrativas, pag. 133

Nesse sentido, procura-se um ponto de diferenciação entre a igualdade e a imparcialidade, afirmando-se que a impessoalidade pode conduzir a ideia de igualdade, mas que a ela não se resume, pois pode haver um tratamento igual a determinado grupo, porém, se ditado por conveniências pessoais do grupo ou do administrador, estará infringindo a impessoalidade³⁴⁹.

Na doutrina portuguesa, David Duarte diferencia a imparcialidade da igualdade, localizando como ponto diferenciador o fato da igualdade dizer respeito à relação entre os elementos exteriores, que deve ser isonômica, e a imparcialidade se referir à relação direta entre a decisão e cada um dos elementos exteriores, no sentido do conteúdo da decisão não carregar um vício de privilégio ou discriminação³⁵⁰.

Considerando essas duas dimensões da impessoalidade, no âmbito de sua conexão com a participação procedimental, o princípio aponta para duas vertentes principais: a) dever de consideração isonômica, pela Administração, dos interesses conectados com a decisão administrativa, referente à igualdade de tratamento dos participantes; b) dever de ponderação imparcial dos interesses que se revelam relevantes para a decisão. Nos limites do presente trabalho, limita-se à análise do primeiro desdobramento do referido princípio.

Quanto a consideração isonômica dos interesses dos particulares, as formas de interação proporcionadas pela Administração Digital pode significar um grande contributo para a igualdade de acesso dos interessados à participação procedimental, como subscreve parte da doutrina italiana³⁵¹. A possibilidade da participação procedimental se realizar no mundo virtual, sem as barreiras físicas e simbólicas que restringem a efetiva participação daqueles que não possuem um

³⁴⁸ Cfr Ana Paula Oliveira Ávila, O Princípio da Impessoalidade da Administração Pública. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

³⁴⁹ Cfr Ana Paula Oliveira Ávila, O Princípio da Impessoalidade da Administração Pública, pag. 22 e 37

³⁵⁰ Nesse sentido ver David Duarte, Procedimentalização, participação..pag. 313-318

³⁵¹ Nesse sentido ver Alfonso Masucci, Erogazione on line dei servizi pubblici e teleprocedure amministrative, Diritto Pubblico, 2003, pag. 991 e ss, citado por Filomena Rosa, A Administração Eletrônica e o Procedimento Administrativo, pag. 128

facilitado acesso aos agentes administrativos³⁵², amplia as condições de igualdade material entre os legitimados.

A discricionariedade da Administração Pública, no momento de escolha dos interesses que devem ser considerados para tomada da decisão administrativa, foi por muito tempo considerada de forma ampla, sendo o dever de tratamento isonômico dos interessados considerado um “dever de boa vontade da Administração, e por isso um dever não coberto pela garantia jurisdicional”³⁵³.

Numa acepção política, essa ampla margem discricionária na escolha de quais interesses devem ser incorporados para a formação da decisão administrativa foi um dos elementos constituidores do que se convencionou chamar de “partidarização da decisão administrativa”, em referência ao controle dos partidos políticos no direcionamento das escolhas administrativas³⁵⁴.

Questiona-se, assim, se essa discricionariedade ainda goza de uma ampla margem de livre conformação pela Administração, na hipótese dos meios tecnológicos proporcionarem estruturas comunicativas que permitam a manifestação dos interessados de forma eficaz, segura e mais acessível do que as formas tradicionais de participação administrativa, como a audiência pública e a consulta, que sofrem constrangimentos de ordem financeira e temporal, que podem comprometer a eficiência da prestação pública.

³⁵² Aqui refere-se a influência dos grupos sociais, geralmente com uma grande capacidade econômica, que interferem nos espaços decisórios do poder público. Exemplo desse fenômeno é a “capture theory”, conceito desenvolvido pela doutrina americana que visa impedir a interferência de grupos econômicos nas decisões das agências reguladoras. Sobre a teoria da captura ver Marçal Justen Filho, *O direito das agências independentes*, São Paulo, Dialética, 2002, pag. 370 e ss. David Duarte fala em participação oculta, caracterizando as pressões que se efetuam fora dos meios proceduralmente regulados, ver *Procedimentalização, Participação...* pag. 409 e ss

³⁵³ A expressão é de A. Moreira Barbosa de Melo, que completa: (...) o dever de imparcialidade inerente à igualdade de tratamento só vincula a “intenção” da Administração, por isso que as instâncias jurisdicionais ficam impedidas de intrinsecamente fiscalizar a sua observância.”, *Introdução as formas de concertação social*, in *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LIX, 1983, pag. 116

³⁵⁴ Sobre essa partidarização da Administração Pública ver Paulo Otero, *Legalidade e Administração Pública*, pag. 138; Marcelo Rebelo de Sousa, *Um Retrato Actual da Administração Portuguesa*, in *Administração Pública e Direito Administrativo em Portugal*, AAFDL, Lisboa, 1992, pag. 27 e ss. Na doutrina brasileira Carmen Lúcia Rocha afirma que: (...) a Administração não pode ser partidária, pois ela se destina a toda sociedade, não apenas às tendências e facções que detenham o poder decisório pela maioria do povo, em determinado momento histórico, ver *Princípios constitucionais da administração pública*, pag. 149

A maximização da operatividade do princípio da impessoalidade aponta aqui no sentido da vinculação da atuação administrativa a adoção do meio de ação que mais se aproxime da satisfação dos imperativos de igualdade, tanto na relação horizontal, entre administrados, quanto na relação vertical, entre administrados e a Administração Pública.

No tocante à participação administrativa, o direcionamento conferido pelo referido princípio, caminha para a configuração de uma atuação que proporcione a igualdade de oportunidades de intervenção dos cidadãos. O procedimento surge, então, como estrutura decisória que visa garantir a transparência no processo de formação da decisão, bem como estabelece as condições gerais e isonômicas de intervenção de todos os interessados.

Por outro lado, no contexto marcado pela crescente interação entre Administração e cidadãos através de meios tecnológicos da informação e comunicação, o grau de vinculação da Administração à utilização desses meios avança progressivamente no sentido de impor ao agente administrativo um dever de atuação pelas TIC, sempre que estes se manifestem como meio mais apto à concretização dos imperativos da igualdade de tratamento entre os interessados procedimentais.

Com base nas lições da disciplina do princípio da isonomia na teoria geral do processo, pode-se afirmar que a vinculação ao uso das TIC no procedimento administrativo ocorre quando, dentre o leque de alternativas de atuação à disposição da Administração, a utilização de formas digitais de informação e comunicação se destaca como a que reúne maiores possibilidades de proporcionar um ambiente que ofereça uma paridade de riscos, oportunidades e tratamento aos legitimados na relação procedimental³⁵⁵.

A igualdade de riscos relaciona-se com a chance real de todos os legitimados terem seus interesses considerados como parte integrante do interesse público, o que reflete na garantia dos meios tecnológicos proporcionarem um espaço

³⁵⁵ José Carlos Barbosa Moreira desenvolveu estudo a respeito do princípio da igualdade na relação processual entre as partes no direito processual, desdobrando-o nas exigências de igualdade de riscos, de oportunidade e tratamento, nesse sentido ver *La igualdad de las partes en el proceso civil*, in *Temas de Direito Processual*, 4º série, São Paulo, Saraiva, 1989

adequado para um *input* de informações relevantes à formação da decisão. O uso das TIC não pode resultar numa diminuição do direito de manifestação dos participantes, devendo a Administração prover soluções alternativas quando a plataforma comunicacional tecnológica não oferecer meios suficientes para absorver uma fidedigna produção de informações trazidas pelos legitimados.

A igualdade de oportunidades refere-se ao pressuposto de acesso universal dos legitimados aos meios tecnológicos e aos demais instrumentos comunicacionais necessários à uma participação procedimental digital. O info-excluídos (cidadãos sem acesso aos meios tecnológicos da informação e comunicação) parece ser um grande problema para a consolidação da participação procedimental digital, pois os cidadãos sem acesso às TIC ainda representam uma grande parcela da população, apesar dos avanços crescentes no acesso aos meios informáticos.

Numa dimensão positiva da eficácia do princípio da impessoalidade, pode-se referir a um direito de acesso aos meios tecnológicos para relacionar-se com a Administração, ou, como defende parte da doutrina, como um direito fundamental de acesso à internet, derivado do princípio da liberdade de expressão³⁵⁶. Nessa acepção, estaria incluído o ônus do poder público disponibilizar terminais públicos que possam universalizar esse acesso e a subvenção à aqueles que não possuem condições financeiras de terem acesso ao serviço de internet³⁵⁷.

Ainda neste íterim, numa vertente oposta, as TIC permite um ganho considerável na inclusão de pessoas com deficiência física (seja ela motora, visual ou auditiva) à participação procedimental, pois permite desenvolver dispositivos de adaptação que compensam essas deficiências limitadoras, efetivando uma discriminação positiva reflexo do princípio da igualdade³⁵⁸.

³⁵⁶ Por todos ver Guilherme Damasio Goulart, O Impacto das Novas Tecnologias nos Direitos Humanos e Fundamentais: O Acesso à Internet e a Liberdade de Expressão, Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global, Vol. 1, No. 1, p. 145, 2012

³⁵⁷ Manuel Castells afirma que: “Atualmente, as principais atividades econômicas, sociais, políticas e culturais, de todo o planeta estão a estruturar-se através da internet. De fato, ficar à margem dessas redes é a forma de exclusão mais grave que se pode sofrer na nossa economia e na nossa cultura”, ver La Galaxia Internet, Espanha: Cultura Livre, 2001, pag. 17

³⁵⁸ Sobre o tema ver Ramilo Araujo e Criado Grande em e-Administracion: ¿ un reto o una nueva moda? problemas y perspectivas de futuro en torno a internet y las tecnologías de la información en las administraciones públicas del siglo XXI, in Revista Vasca de Administración Pública, num. 61, 1, 2001

Quanto à igualdade de tratamento, o princípio veda qualquer atuação que contenha algum vínculo pessoal do agente administrativo ou da entidade pública, garantindo uma isenção na decisão administrativa.

A utilização de meios tecnológicos, como desdobramento de uma exigência de tratamento isonômico dos interessados, tem maior relevância nas decisões administrativas que envolvem direitos e interesses coletivos ou difusos, que aglutinam um grande número de legitimados procedimentais. Nessa categoria procedimental a utilização das TIC aparece como elemento concretizador da participação administrativa, pois possibilita a operacionalidade da intervenção de uma grande quantidade de legitimados no procedimento.

4 - Princípio da Legalidade e a participação procedimental digital como legitimadora da atuação informal da Administração Pública

O Princípio da Legalidade remonta a ideia liberal que a Administração Pública está sujeita ao cumprimento, com exatidão e excelência, os preceitos normativos de direito positivo. Fruto de uma garantia dos cidadãos contra as ingerências indevidas do poder público na esfera de direitos subjetivos dos particulares, o princípio da legalidade impõe, nas palavras do STF, que “toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da lei: na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal, é só permitido fazer o que a lei autoriza”³⁵⁹.

Nesse sentido, o princípio expressa um conteúdo de que a Administração só é permitido atuar quando a lei autoriza essa conduta. No entanto, longe do contexto oitocentista em que essa noção restrita do princípio da legalidade reinava como verdade absoluta, a realidade atual direciona o conteúdo jurídico do referido princípio para uma noção mais ampla, em que se considera a lei ou norma jurídica (constitucional e legal) como ponto de partida da atividade hermenêutica e o Direito como ponto de chegada³⁶⁰.

O princípio da juridicidade administrativa traz uma atualização dogmática ao princípio da legalidade, considerando que a vinculação da Administração Pública

³⁵⁹ RE 195.227-DF, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 6.12.1996, pag. 4872

³⁶⁰ Cfr Egon Bockmann Moreira, Processo Administrativo, pag.90

deve ocorrer perante todo o ordenamento jurídico (princípios e regras) e principalmente ao ordenamento constitucional.

Uma das questões centrais para o tema da Administração Digital, de forma genérica, diz respeito à necessidade de reserva de lei para atuação mediante as formas digitais de conduta. A alteração do espaço de desenvolvimento da atividade administrativa, que passa de um ambiente físico e tradicional, para o mundo virtual ou desmaterializado, e a velocidade em que ocorrem essas transformações, trazem importantes questões para o atual enquadramento dogmático da legalidade administrativa.

De forma geral, não se pode sustentar uma Administração Digital que não se sujeite ao princípio da legalidade e à prévia definição de normas jurídicas na sua atuação, pois isso seria contrariar o princípio da separação de poderes, do interesse público e da garantia dos direitos e interesses legalmente protegidos. Isso não equivale dizer que somente possa existir uma atuação através das TIC quando exista uma lei (em sentido estrito) específica autorizando este tipo de comportamento.

O incontornável progresso tecnológico e modernização dos Estados faz com que, independentemente de regulação jurídica, as Administrações sigam em um avançado processo de digitalização de suas condutas, numa crescente utilização das TIC na sua realidade prática, executando conduta sem previsão legal e de difícil enquadramento nos parâmetros legais.

Como já afirmava parte da doutrina espanhola, mesmo antes da regulação da Administração Digital na Espanha, a ausência de uma normatividade reguladora não pode conduzir a uma inércia administrativa na utilização das TIC, utilizando como argumento a falta de autorização legislativa ou de uma regulação específica para o uso de meios tecnológicos³⁶¹.

Observa-se, portanto, que esse contexto de óbice de uma normatividade reguladora da atuação digital da Administração abre espaço para uma prática

³⁶¹ Pois como afirma Valeró Torrijos, a falta de tipificação da conduta não pode ser confundida como sinónimo de ilegalidade administrativa: “En este sentido, la ausencia de una autorización normativa o de una regulación específica ha servido como excusa para adoptar la utilización de instrumentos informáticos y/o telemáticos bajo el argumento de que no existían condiciones jurídicas adecuadas para hacerlo; hasta el punto de que, en algunas ocasiones, la *alegalidad* entendida como falta de «tipificación» se ha utilizado como un sinónimo de *ilegalidad*”, em La nueva regulación legal del uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en el ámbito administrativo: ¿el viaje hacia un nuevo modelo de Administración, electrónica?, in Revista Catalana de Derecho Público, num. 35, 2007, pag. 211

administrativa para além da legalidade formal, no que se convencionou chamar de atuação administrativa “não oficial” ou informal³⁶².

A atuação informal ou “não oficial” não significa, necessariamente, uma conduta violadora da legalidade, mas, como toda função administrativa exercida dentro dos quadros de um Estado de Direito, deverá desenvolver-se sem diminuir direitos ou interesses de terceiros ou violar a igualdade de tratamento, se pautando por uma “racionalidade de fundo” que preserve os direitos dos particulares e busque a consecução do interesse público³⁶³.

A necessidade de racionalização e organização da atividade administrativa, e ao mesmo tempo, de garantia das posições jurídicas dos particulares, vai encontrar no procedimento um quadro jurídico adequado para o desenvolvimento da vertente digital da atuação administrativa. O procedimento administrativo, por seu caráter dinâmico e flexível³⁶⁴, em face do aspecto estático e limitado das leis, além das suas funções racionalizadora e garantística, aparece como adequado instrumento jurídico para legitimar e validar as possibilidades de atuação da Administração Digital.

Nesse sentido, abrindo espaço para a construção de soluções procedimentais para além da legalidade estrita, a Lei n. 9.784/99 consagrou o princípio da vinculação da Administração à juridicidade logo em seu art.2º, inciso I, consignando uma atuação administrativa não somente vinculada à lei, mas “conforme a lei e o Direito”, repetindo a disposição do artigo 103.1 da Constituição Espanhola.

É através do procedimento, portanto, que a Administração deve buscar a legitimação e a operatividade para a conformação jurídica do uso dos meios tecnológicos, numa atuação “informal” para a “obtenção do bem comum que a lei, em sua literalidade, muitas vezes não atinge”³⁶⁵.

³⁶² Paulo Otero leciona que existem dois planos de legalidade administrativa, uma legalidade administrativa “oficial”, caracterizada pelas normas escritas provenientes dos órgãos formalmente habilitados para sua emanção; e uma legalidade “não oficial”, caracterizados por normas fatuais totalmente informais, que integram ou subvertem as normas oficiais. Nesse sentido ver Legalidade e Administração Pública, pag. 436 e ss

³⁶³ Cfr Paulo Otero fixa quatro limites à validade de uma atuação não oficial da Administração Pública, nesse sentido ver Legalidade e Administração Pública, pag. 189 e ss

³⁶⁴ Nesse sentido ver João Loureiro, O Procedimento Administrativo entre a Eficiência e a Garantia dos Particulares, pag. 26. Ver também o conceito de procedimento como public law in action de J. J. Gomes Canotilho, em Direito Constitucional, pag. 765

³⁶⁵ Cfr Arnaldo Esteves Lima, O Processo Administrativo, Forense Universitária, Rio de Janeiro, 2005, pag. 10

Do surgimento dessa atuação procedimentalizada através dos meios tecnológicos, que a participação administrativa assume uma dupla relevância, como principal elemento constitutivo do procedimento, no sentido da intervenção dos legitimados ser um fator essencial à concretização do procedimento; e também como meio complementar da legitimidade de atuação “informal” da Administração Digital, onde a utilização das TIC ampliam as possibilidades participatórias de forma inédita.

O óbice de legitimidade da atuação informal da Administração Pública através dos meios tecnológicos, ocasionado pela ausência de sujeição direta à lei, deve ser compensado pela segurança jurídica proporcionada pelo procedimento e pelo consenso decisório proporcionado pela participação.

A participação procedimental através dos meios tecnológicos, portanto, deve ganhar operatividade através dos parâmetros de simplificação das formas (art. 2º, IX) e da adequação procedimental (art. 2º, VI) estabelecidos pela Lei n. 9.784/99. Nesse sentido, a integração dos participantes deve concretizar-se através da abertura procedimental aos interessados, que ao se integrarem na relação procedimental passam a compor o contexto de formação da decisão administrativa,

A multilateralidade legitimatória dos interessados, previsto no art. 9º da Lei n. 9.784/99, permitindo a intervenção de qualquer cidadão que possa ter direitos ou interesses afetados pela decisão a ser adotada, somada ao ganho na capacidade de interação entre a Administração e os administrados proporcionado pelas ferramentas das TIC, abre espaço para a construção de um “*standard*” de atuação “informal” que assegure a participação procedimental digital em consonância com o princípio da legalidade.

Conclusões

Capítulo I

1. Existe uma clara incompatibilidade entre os parâmetros de atuação administrativa, que majoritariamente ainda permanece autoritária e unilateral, fundada nos dogmas jurídicos liberais, e a atual fase de desenvolvimento político e social dos Estados.
2. A consagração dos direitos fundamentais e do princípio democrático pelas ordens constitucionais, trazem uma exigência de releitura dos principais instrumentos jurídicos de atuação da Administração Pública, pugnando-se por uma atuação administrativa concertada, garantística e democrática.
3. A teoria da procedimentalidade surge como novo paradigma capaz de satisfazer essa exigência de compatibilização do desenvolvimento da atividade administrativa dentro um Estado garantidor dos direitos fundamentais e legitimado sob uma ordem democrática.
4. O procedimento administrativo no Brasil, por uma exigência do princípio do devido processo legal, previsto no artigo 5º, inciso LV, e da Lei nº 9.784/98, deve ser concretizado em toda atividade administrativa em que houver uma contraposição de interesses, não somente se aplicando a decisões administrativas restritivas de direitos.

Capítulo II

1. Participação administrativa se conceitua como toda intervenção no processo de decisão em que se introduz novos interesses na estrutura decisória previamente estabelecida, desenvolvida dentro da função administrativa do Estado.
2. As constituições portuguesa e brasileira optaram pela consolidação da Democracia Participativa, modelo que objetiva otimizar o fenômeno participatório em todas as funções do Estado, principalmente no exercício da função política e administrativa.
3. A Constituição Federal de 1988, estabeleceu uma norma geral de participação administrativa em seu §3º do artigo 37. Esse dispositivo utilizou,

inadvertidamente, a expressão “usuários” para se referir à cidadãos ou administrados, conforme demonstra uma análise interpretativa: da relação do caput e com seus incisos; da posição do §3º do art. 37 na CF; de uma análise sociológica da Emenda nº 19 de 1998.

4. Apesar da ausência de uma lei geral de participação administrativa, ainda pendente de elaboração pelo Congresso Nacional, pugna-se por uma operatividade do fenômeno participatório através de outros mecanismos legais, como o Decreto nº 8.243/2014 e a Lei n. 9.784/99.
5. O Decreto Presidencial nº 8.243 de 2014 estabeleceu a autovinculação da Administração Pública brasileira às formas participatórias de atuação administrativa, criando um dever geral de atuação participada.
6. Outra possibilidade operativa da participação administrativa parte da noção de direito subjetivo de participação administrativa como desdobramento do princípio do devido processo legal, previsto no artigo 5º, inciso LV, utilizando o modelo de legitimidade multilateral de procedimento estabelecido pela Lei nº 9.784/98 para conferir efetividade a intervenção participatória dos particulares.

Capítulo III

1. A incorporação das novas tecnologias de informação e comunicação pelas Administrações Públicas faz surgir um novo tipo de Administração, a Administração Digital, caracterizada pela transposição da atividade administrativa para o espaço virtual e pela abertura democrática a novas formas de interação entre os particulares e a Administração.
2. Existe uma relação intrínseca entre o movimento de reforma administrativa da década de 1990 e incorporação das TIC pelas Administrações Públicas, sendo as ferramentas tecnológicas um instrumento capaz de aumentar a *performance* do Estado.
3. A Administração Pública Digital é caracterizada pela incorporação das TIC nas formas de atuação administrativa e pela introdução de mudanças organizacionais e novas atitudes, relacionadas à eficiência dos serviços públicos, a transparência administrativa, e ao fortalecimento do processo de democratização.

4. O ciclo evolutivo da Administração Digital caminha para uma fase em que a generalidade do contato entre os particulares e a Administração ocorre através do ambiente virtual, sendo um elemento constitutivo desse estágio uma participação efetivas dos cidadãos na formação das decisões públicas.
5. O procedimento administrativo revela-se como espaço adequado para a regulação jurídica da utilização das TIC pela Administração Pública, como um novo suporte de atuação administrativa e como elemento transformador da organização e da forma de relacionamento interno e externo da Administração com os outros sujeitos.
6. A participação administrativa ganha uma inédita efetividade operativa através da utilização das TIC como ferramenta de interação entre a Administração e os particulares, e nesse sentido segue as legislações recentes, tanto em Portugal como no Brasil.

Capítulo IV

1. Da conexão dos fenômenos da procedimentalização da atividade administrativa, da participação e da Administração Digital surge a “participação procedimental digital”, que no contexto do ordenamento jurídico brasileiro, deve ganhar um contorno operativo através de uma interpretação com base nos princípios gerais da atividade administrativa, previstos constitucionalmente.
2. Do Princípio da Eficiência administrativa extrai-se um direito de participação procedimental através de meios tecnológicos, quando a utilização das TIC significar um ganho de produtividade, economicidade, celeridade e presteza, qualidade, continuidade e desburocratização.
3. Do Princípio da Publicidade extrai-se a exigência de publicização de informações públicas através das TIC como instrumento garantidor da participação administrativa procedimental.
4. Do Princípio da Impessoalidade administrativa extrai-se uma exigência de tratamento isonômico dos interessados através das TIC.
5. De uma visão atualizada do Princípio da Legalidade relaciona-se a participação administrativa procedimental como legitimadora da atividade “informal” da Administração.

Bibliografia

AFONSO DA SILVA, José, Curso de Direito Constitucional Positivo, São Paulo, Malheiros, 1992

AMARAL, Diogo Freitas do, Curso de Direito Administrativo, vol. I, 2º ed, Almedina, 2012

_____, Direito Administrativo, vol. III, Almedina, Coimbra, 1995

_____, O Novo Código do Procedimento Administrativo, in O Código do Procedimento Administrativo, Lisboa, 1992

ANDRADE, José Carlos Vieira de, O Dever de Fundamentação expressa dos actos administrativos, Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1992

ARQUIVO NACIONAL (Brasil). Dicionário Brasileiro de Terminologia Arquivística. Rio de Janeiro: Arquivo Nacional, 2005

ÁVILA, Humberto Bergmann, Repensando o Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o particular, in O Direito Público em Tempos de Crise - Estudos em Homenagem a Ruy Ruben Ruschel, 1999

ÁVILA, Ana Paula Oliveira, O Princípio da Impessoalidade da Administração Pública. Rio de Janeiro: Renovar, 2004

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha, Princípios Gerais de Direito Administrativo. Vol I, Rio de Janeiro, Forense, 1969

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, Curso de Direito Administrativo, 15º ed, Malheiros, 2003

BAPTISTA, Patrícia, Transformações do Direito Administrativo, Renovar, 2003

BARBOSA MOREIRA, José Carlos, La igualdad de las partes en el proceso civil, in Temas de Direito Processual, 4º série, São Paulo, Saraiva, 1989

BARROSO, Luís Roberto, Interpretação e Aplicação da Constituição, 6º ed, Editora Saraiva, 2004

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves, Transações Administrativas, Quartier Latin, São Paulo, 2007

_____, Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa, Mandamentos Editora, Belo Horizonte, 2004

BINENBOJM, Gustavo, Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização, 2º ed, Renovar, 2008

BONAVIDES, Paulo, Teoria Constitucional da Democracia Participativa: Por um Direito Constitucional de luta e resistência. Por uma Nova Hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade. 3 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos, Do Estado Patrimonial ao Gerencial, in Pinheiro, Wilhelm e Sachs (orgs.), Brasil: Um Século de Transformações, São Paulo, Companhia das Letras, 2001

BRASIL: PLANO DIRETOR DA REFORMA DO APARELHO DO ESTADO”. Brasília: Presidência da República, Câmara da Reforma do /Estado, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1995

CAETANO, Marcello, Manual de Direito Administrativo, vol. II, Almedina, Coimbra, 1980

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7º ed., Almedina, 2000

_____, Direito Constitucional, 5º ed, Almedina, 1992

_____, Constituição e Déficit Procedimental, in Estado e Direito, vol. I, n. 2, 1988

CARCENAC, Thierry, Pour une administration électronique citoyenne, Contribution aux débats, Rapport au Premier ministre, 2001

CASTELLS, Manuel, A Sociedade em Rede: do Conhecimento à Política, in A Sociedade em Rede:do Conhecimento à Política, Debates da Presidência da República, Imprensa Nacional, 2005, disponível em <http://biblio.ual.pt/Downloads/REDE.pdf>

_____, A Era da Informação: economia, sociedade e cultura, vol. 3, 1999, São Paulo

_____, La Galaxia Internet, Espanha: Cultura Livre, 2001

CEPIK, Marco; CANABARRO, Diego e POSSAMAI, Ana Júlia, A Institucionalização do SISP e a Era Digital no Brasil, in Governança de TI: transformando a Administração Pública no Brasil, Marco Cepik e Diego Rafael Canabarro (org), CEGOV, Porto Alegre, 2014

CERRILLO, Augustí Martínez, e-Administración, Editorial UOC, Barcelona, 2008

CHEVALLIER, Jacques, O Estado Pós-moderno, trad. Marçal Justen Filho, Forum editora, Belo Horizonte, 2009

COMISSÃO EUROPEIA, in “The Role of eGovernment for Europe's Future”, in COMMUNICATION FROM THE COMMISSION TO THE COUNCIL, THE EUROPEAN PARLIAMENT, THE EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE AND THE COMMITTEE OF THE REGIONS, Brussels, 26.9.2003, pag. 7, disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2003:0567:FIN:EN:PDF>, acesso em agosto de 2014

_____, Livro verde sobre a informação do setor público na sociedade de informação em Portugal, Comissão Europeia, COM (1998), Governança Eletrônica
_____, Comunicação da Comissão ao Conselho e Parlamento, Plano de ação europeu para a sociedade da informação, COM (94), 347. Comissão das Comunidades Europeias, 1994

_____, Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comitê Econômico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões, “i2010 - Uma sociedade de informação para o crescimento e o emprego”, COM (2005) 229, Comissão Europeia, 2005

_____, Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comitê Econômico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões, “Administração em linha i2010: acelerar a administração em linha na Europa para benefício de todos, COM (2006)173, Comissão Europeia, 2006

_____, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Econômico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões, Uma Agenda Digital para a Europa, COM(2010) 245 final/2, Comissão Europeia, 2010

CORREIA, J. M. Sérvulo, Administrative due or fair process: different paths in the evolutionary formation of a global principle and a global right, in Values in global administrative Law, Oxford, 2011

_____, Direito à informação e os direitos de participação dos particulares no procedimento, e em especial, na formação da decisão administrativa, in Estudos sobre o Procedimento Administrativo, Instituto Nacional de Administração, num. 9/10, Janeiro/Junho de 1994

_____, Procedimento Equitativo e Direito de Participação Procedimental, in Estudos de Homenagem ao Prof. Dr Jorge Miranda, vol IV, Coimbra Editores, 2012

CRAIG, Paul, Administrative Law, 4 ed, London, Sweet & Marwell, 1999

CRIADO GRANDE, J. Ignacio, A europeización dos sistemas administrativos e as políticas públicas. Uma aproximación preliminar, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2010

_____, e-Administracion: ¿ un reto o una nueva moda? problemas y perspectivas de futuro en torno a internet y las tecnologías de la información en las administraciones públicas del siglo XXI, in Revista Vasca de Administración Pública, num. 61, 1, 2001

CUNHA JÚNIOR, Dirley da, Curso de Direito Administrativo. 9ª ed, Salvador: Juspodivm, 2010

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, Direito Administrativo, 19° ed, Atlas, São Paulo, 2006

_____, Participação Popular na Administração Pública, in Revista de Direito Administrativo, num.191, jan/mar 1993

DUARTE, David, Procedimentalização, Participação e Fundamentação: Para uma Concretização do Princípio da Imparcialidade como Parâmetro Decisório, Almedina, 1996

E-Government Act of 2002, Section I, Title I, Chapter 36, § 3601, in PUBLIC LAW 107-347—DEC. 17 2002, disponível através do sítio eletrônico:

<https://www.nist.gov/sites/default/files/documents/director/oism/PL107-347.pdf>,

consulta em Janeiro de 2015.

ESCOLA NACIONAL DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, Reforma Empreendedora da Administração Pública: Ações do Período 1995-2001. Brasília, DF: ENAP, 2001, Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/Implementation/enap.pdf>>. Acesso em Janeiro de 2015

FIGUEIREDO, Lúcia Valle, Curso de Direito Administrativo. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003

_____, Procedimento Administrativo, in Processo e Procedimento em face da Constituição, Revista da AASP, num. 34,

FOUNTAIN, Jane, Questões Centrais no Desenvolvimento Político do Estado Virtual, in A Sociedade em Rede: do Conhecimento à Política, Debates da Presidência da República

FREITAS, Juarez, A Interpretação Sistemática do Direito, 5° ed., Malheiros, 2010

_____, O Controle dos Atos Administrativos e o princípios fundamentais, Malheiros, São Paulo, 3° ed., 2011

FROSINI, Vittorio, Informática y Administracio Publica, in Revista de Administración Pública, Set./Out., 1984

FUNGHI, Luís Henrique Baeta, Da dogmática autoritária à administração pública democrática, Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 257, p. 213-39, maio/ago. 2011

GALLIGAN, Denis J., Due Process and Fair Procedures: A Study of Administrative Procedures, Oxford: Clarendon Press, 1996

GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo e RAMON FERNANDEZ, Tomas, Curso de Derecho Administrativo, vol. II, Tercera Edición, Civitas, Madrid, 1991

GOULART, Guilherme Damasio, O Impacto das Novas Tecnologias nos Direitos Humanos e Fundamentais: O Acesso à Internet e a Liberdade de Expressão, Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global, Vol. 1, No. 1, 2012

GIANNINI, Massimo S., in Diritto Amministrativo, Vol. II, Giuffré, Milano, 1988

GIMBERNAT, Montserrat Tintó, L'administración pública en la societat de la informació: El règim jurídic de l'administración eletrónica, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2002

_____, Administración eletrónica y ciberprocedimiento, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, in http://www.upf.edu/obsei/_pdf/pub_quadern_02_es.pdf. acesso em Janeiro de 2015

GRAU, Eros Roberto, Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito, São Paulo: Malheiros, 2002

GRINOVER, Ada Pellegrini, Do Direito de Defesa em Inquérito Administrativo, in Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, num. 183, Jan/Mar, 1991

GUTIERREZ, Ruben Martinez, Administración Pública Eletrónica, Civitas Ediciones, 2009

HABERMAS, Jurgen, Direito e Democracia: entre faticidade e validade, 2º ed, tradução de Flávio Beno Siebeneichler, Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, v. I e II, 1997

HAGUE, Barry N. e LOADER, Brian, Digital democracy: Discourse and Decision Making in the Information Age, 1999, Routledge, Londres

HESSE, Konrad, A Força Normativa da Constituição, tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Fabris Editor, Porto Alegre, 1991

_____, Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha, tradução de Luís Afonso Heck, Fabris Editor, Porto Alegre, 1998

JOBIN, Nelson Antônio, Projeto de sobre Processo Administrativo, in Revista de Direito Administrativo, vol. 205, 1996

JUSTEN FILHO, Marçal Justen, Curso de Direito de Direito Administrativo, Revista dos Tribunais, 8 ed, São Paulo, 2012

_____, Considerações sobre o processo administrativo fiscal, in Revista Dialética de Direito Tributário, num. 33, 1998

_____, O direito das agências independentes, São Paulo, Dialética, 2002

KELSEN, Hans, Jurisdição constitucional, 2ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2007

_____, Teoria Geral do Direito e do Estado, 2º ed, Martins Fontes, São Paulo, 2006

KHUN, Thomas. S., A estrutura das revoluções científicas, São Paulo: Perspectiva, 1991

LAUBADÈRE, André de; VENEZIA, Jean-Claude e GAUDEMET Yves, Traité de Droit Administratif, 11 ed, Tomo 1, Paris: L.G.D.J, 1990

LAYNE, Karren e LEE, Jungwood, Developing fully functional e-government: A four stage model, Government Information Quartely, 18 ed, 2001

LIMA, Arnaldo Esteves, O Processo Administrativo, Forense Universitária, Rio de Janeiro, 2005

LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves, O Procedimento Administrativo Entre a Eficiência e a Garantia dos Particulares, Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra Editora, 1995

MACHETE, Rui, Os Princípios Gerais do Código de Procedimento Administrativo, in O Código de Procedimento Administrativo, Centro de Estudos - Instituto Nacional de Administração, 1992

_____, Introdução, in Código de Procedimento Administrativo e Legislação Complementar, Editorial Notícias, 1992

MACHETE, Pedro, Estado de Direito Democrático e Administração Paritária, Dissertação de doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Almedina, 2007

MASUCCI, Alfonso, Erogazione on line dei servizi pubblici e teleprocedure amministrative, Diritto Pubblico, 2003

MAURER, Harmut Direito Administrativo Geral, tradução de Luís Afonso Heck, Barueri: Manole, 2006

MAXIMILIANO, Carlos, Hermenêutica e aplicação do direito, 6.ed., Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1957

MEDAUAR, Odete, Direito Administrativo Moderno, 12° ed, Editora Revista dos Tribunais, 2008

_____, A processualidade no Direito Administrativo, 2° ed, Editora Revista dos Tribunais, 2008

_____, O Direito Administrativo em evolução. 2 ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003

MEIRELLES, Hely Lopes, Direito Administrativo Brasileiro, 26° ed, Malheiros, 2001

MELO, A. Barbosa, Introdução às Formas de Concertação Social, in BFDUC, vol. LIX, 1983

MENEZES CORDEIRO, António, Problemas de sistematização, in Feitura das Leis, vol. II, Instituto Nacional de Administração, 1986

MERKL, Adolf, Teoría General de Derecho Administrativo, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1935

MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, Curso de Direito Constitucional, 6º ed, 2011

MIRANDA, Jorge, Teoria Geral do Estado e da Constituição, Almedina, 2005
_____, Direito de Informação dos Administrados, in Revista O Direito, ano 120, 1988

MOREIRA, Egon Bockmann, Processo Administrativo: Princípios Constitucionais e a Lei n. 9.784/1999, 4º ed, Malheiros, São Paulo, 2010

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo, Audiências Públicas, in Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, num. 210, out/dez 1997
_____, Direito da Participação Política: Legislativa, Administrativa e Judicial, Rio de Janeiro, ed. Renovar, 1992
_____, Curso de Direito Administrativo, 16 ed. Forense, 2014

MORENO, Alfonso, Crisis de la Participación Administrativa, in Actualidade y Perspectivas del Derecho Publico a Fines del Siglo XX: Homenage al Professor Garrido Falla, Madrid: Complutense, 1992, vol. I

MORGADO, Miguel, A noção de soberania e os seus fundamentos em Jean Bodin, in Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pag. 161-184

MORÓN, Miguel Sanchez, La Participacion del ciudadano en la Administracion Publica, Estudios de Administracion, XLII, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980

NETO, Floriano de Azevedo Marques, A superação do ato administrativo autista, *in* Odete Medauar; Vitor Rhein Schirato (org.) *Atuais Rumos do Processo Administrativo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010

OECD. Recommendation of the Council on Digital Government Strategies. Organisation for Economic Cooperation and Development, 2014. Disponível em <http://www.oecd.org/gov/digital-government/Recommendation-digital-government-strategies.pdf>

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de, Participação Administrativa, *in* Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado. Num 3, Setembro/Outubro/Novembro de 2005, Salvador-BA, disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-3-SETEMBRO-2005-GUSTAVO%20JUSTINO.pdf> , acesso em Junho de 2015

OTERO, Paulo, Legalidade e Administração Pública: O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade, Almedina, 2011

_____, Conceito e Fundamento da Hierarquia Administrativa, Coimbra Editora, 1992

_____, Direito do Procedimento Administrativo, vol. I, Almedina, Coimbra, 2016

PASTOR, Santamaria, Principios de Derecho Administrativo, vol. I, 3 ed. Madrid: CEURA, 2000

PENNA, Sérgio F. P. de O., Técnica legislativa : orientação para a padronização de trabalhos, Brasília : Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2002

PIMENTA, Carlos Cesar Pimenta, A Reforma Gerencial do Estado Brasileiro no contexto das grandes tendências mundiais, *in* Revista de Administração Pública, num 32, Vol, 5, Rio de Janeiro, Set/Out 1998

PIOVESAN, Flávia, Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 4º ed, São Paulo: Max Limonad, 2000

PORTUGAL, iGov, Do infocid aos balcões virtuais, eGovernment: O estado da arte em Portugal, 2010, pag. 5-7, disponível em <http://www.i-gov.org>, acesso em Junho de 2016

_____, Missão para a Sociedade da Informação, Livro verde para a Sociedade da Informação, do Ministério da Ciência e Tecnologia, 1997

QUADROS, Fausto de, CORREIA J. M. Sérvulo, MACHETE, Rui, ANDRADE J. C. Vieira de, GARCIA, Maria, ALMEIDA, Mario Aroso de, HENRIQUES, António Políbio, SARDINHA, José Miguel, Comentários à Revisão do Código do Procedimento Administrativo, Almedina, 2016

QUEIRÓ, Afonso Queiró, Teoria dos Actos de Governo, Coimbra Editora, Coimbra, 1948

REALE, Miguel, Filosofia do Direito, vol. II, São Paulo, Saraiva, 1982

ROCHA, Carmén Lúcia, Princípios Constitucionais da Administração Pública, Belo Horizonte: Del Rey, 1994,

ROSA, Filomena Gaspar, A Administração Eletrônica e o Procedimento Administrativo: em especial o Direito de informação e de acesso à informação, Tese de Mestrado em Direito Administrativo, Universidade de Lisboa, 2012

ROQUE, Miguel Prata, O Nascimento da Administração Eletrônica num Espaço Transnacional (Breves notas a propósito do Projeto de Revisão do Código do Procedimento Administrativo), in Revista Eletrônica de Direito Público, num. 1. Jan. 2014

SANDULLI, Aldo M., Il Procedimento Amministrativo, Giuffré, Milano, 1940

SANTOS, Boaventura de Sousa e AVRITZER, Leonardo, Introdução: para ampliar o cânone democrático, in Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa, Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 2002

SARLET, Ingo Wolfgang, A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional, Livraria do Advogado, 11^a ed, 2012

SATO, Claudio Seiji, “Utilizando a internet na Administração Pública”, in Texto para discussão n° 22, Brasília, ENAPE, Dez 1997

SCHIRATO, Vitor Rhein, O processo administrativo como instrumento do Estado de Direito e da Democracia, in Odete Medauar; Vitor Rhein Schirato (org.) Atuais Rumos do Processo Administrativo, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010

SILVA, Vasco Pereira da, Em Busca do Acto Administrativo Perdido, Almedina, 2003

SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt, Direito Público e Sociedade Técnica, Atlântida Editora, Coimbra, 1969

_____, Codificação do Procedimento Administrativo Hoje, in Direito e Justiça, vol. VI, 1992

SOUSA, Marcelo Rebelo de, Um Retrato Actual da Administração Portuguesa, in Administração Pública e Direito Administrativo em Portugal, AAFDL, Lisboa, 1992

SUNDFELD, Carlos Ari , A Importância do Procedimento Administrativo, in Revista de Direito Público, 84/64-74, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1987

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, STF - Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, ADO 24 MC/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, acesso pelo sítio eletrônico:

http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/ado_24mc.pdf , Junho de 2015

TÁCITO, Caio, Direito Administrativo Participativo, in Revista de Direito Administrativo, vol. 166, 1986

TAKAHASHI, Tadao (Org), Sociedade da informação no Brasil: Livro Verde, Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia, 2000, disponível em <http://www.governoeletronico.gov.br/documentos-e-arquivos/livroverde.pdf> , acesso em Janeiro de 2015

TEDESCHINI, Frederico, Procedimento Administrativo, in Enciclopedia del Diritto, vol, XXXV, Giuffré, Varese, 1986

TORRIJOS, Julián Valeró, La nueva regulación legal del uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en el ambito administrativo: ¿el viaje hacia un nuevo modelo de Administración, electrónica?, in Revista Catalana de Derecho Público, num. 35, 2007

UNITED NATIONS, E-Government at the Crossroads. Departament of Economic and Social Affairs, World Public Setor Report, 2003

_____, E-government survey 2008: From E-government to connect governance”. United Nations Publications, pag. 16. Disponível no sítio on line: <http://unpan3.un.org/egovkb/Portals/egovkb/Documents/un/2008-Survey/Complete-survey.pdf>, acessado em Julho de 2014

_____, Digitizing Public Services in Europe: Putting ambition into action, 9th Benchmark Measurement, December 2010, European Commission

VALLE, Vanice Regina Lírio do, Controle Social: Promovendo a aproximação entre Administração Pública e a Cidadania, in Prêmio Serzedello Correa 2001: Monografias Vencedoras: Perspectivas para o Controle Social e a Transparência da Administração Pública, Tribunal de Contas da União, Brasília: TCU, Instituto Serzedello Correa, 2002. Disponível em http://portal3.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/concursos/premio_serzedello/concursos_anteriores/monografias_2001.pdf , acesso Janeiro de 2015

WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto; STOBER, Rolf, Direito Administrativo, vol. I, Tradução de Antonio F. de Sousa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2006

